Entwicklung und Wesen des Begriffs „mittelbarer Beamter"

Inauguraldissertation
zur Erlangung
der juristischen Doktorwürde

Hans Schmidt
Regierungsreferendar in Frankfurt (Oder)

Entwicklung und Wesen des Begriffs "mittelbarer Beamter"

Inauguraldissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde.

Hans S c h m i d t ,

Regierungsreferendar in Frankfurt (Oder).

Tag der mündlichen Prüfung: 2. Mai 1938

Tag der Promotion: 24. Januar 1939

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

Einleitung: Die Problematik des Begriffs "Mittelbarer Beamter" S. 1

A Der landrechtliche Begriff des mittelbaren Beamten und seine Entstehung S. 3
I Der allgemeine Beamtenbegriff des A.L.R. S. 3
II Die Entwicklung des Verhältnisses Staat - Gemeinde bis zum A.L.R. S.1o
1 Vorbemerkung S.1o
2 Die Unterwerfung der Gemeinden unter die Staatsgewalt S.11
III Der Begriff des mittelbaren Beamten im A.L.R. S.17

B Der mittelbare Beamte nach den Städteordnungen von 18o8 und 1831 S.21
I Die Rechtsnatur der Städte nach der Preußischen Reformgesetzgebung S.21
1 Vorbemerkung S.21
2 Das Außenverhältnis zwischen Staat und Gemeinde S.22
3 Die "Mündigkeit" der Gemeinden S.23
4 Der Einbruch des politischen Liberalismus in das innere städtische Verfassungsrecht S.26
II Der Einfluß der Städteordnungen auf das kommunale Beamtentum S.28
1 Der Magistrat als Stadtobrigkeit S.28
2 Der Magistrat als Stadtregierung S.31
3 Die Lösung des mittelbaren Beamten aus dem staatlichen Beamtenkörper S.33

C Der mittelbare Beamte des liberalen Staatsrechts seit 1848 S.35
I Die Selbstverwaltung und der Begriff des mittelbaren Beamten in der Frankfurter Verfassung und den Preußischen Städteordnungen von 185o und 1853 S.35
II Die Selbstverwaltung in der Rechtslehre nach 1848 S.4o
1 Der ältere Liberalismus S.4o
2 Die wirtschaftliche Theorie der Selbstverwaltung S.42
3 Die Selbstverwaltung und das mittelbare Beamtentum als Zwischenbau zwischen Staat und Gesellschaft (Lorenz v. Stein und Rudolf v. Gneist) S.43
4 Der mittelbare Beamte als Organ der genossenschaftlichen Selbst= verwaltung (Otto v. Gierke) S.55
5 Die Bedeutung der Lehren Steins, Gneists und Gierkes für die spätere Rechtsentwicklung S.58

D Der Positivismus S.59

E Die rechtlichen Grundzüge des Begriffs "mittelbarer Beamter" im Dritten Reich S.69
1 Der Charakter der Selbstverwaltung nach der DGO S.69
2 Die Stellung der Rechtlehre zur heutigen Selbstverwaltung S.71
3 Der mittelbare Beamte als Organ örtlicher und beruflicher Selbstverwaltungsgemeinschaften S.73

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550804_0016

Einleitung.

Es gibt staatsrechtliche Begriffe, deren Bedeutung schärfer als jede abstrakte Theorie die rechtliche Struktur eines Staates zu einer bestimmten Zeit offenbart. Umgekehrt ist die klare Erkenntnis gewisser staatsrechtlicher Begriffe oft nicht möglich, ohne daß dabei der Gesamtzustand einer konkreten Staatsordnung ins Auge gefaßt würde. Ein Beitrag zur Klärung derartiger Begriffe, der diese Wechselwirkung berücksichtigt, zeigt häufig, daß der Begriff in gleicher Anwendung zu verfassungsrechtlich grundverschiedenen Epochen grobe Verwirrung anrichten kann.

Einer dieser Begriffe, die seit etwa eineinhalb Jahrhunderten in der staatsrechtlichen Dogmatik und Praxis verwendet werden, ist der des mittelbaren Beamten.

Es erscheint der Untersuchung wert, ob der Begriff seine Langlebigkeit bestimmten - alle politischen Veränderungen überdauernden - Inhaltsmerkmalen verdankt, oder ob er sich nur einer gewissen technischen Brauchbarkeit erfreut, die es gestattet, juristisch verschiedenes unter einen scheinbar gleichen Nenner zu bringen.

Die zuletzt vorgesehene Möglichkeit scheint prima facie bei der Untersuchung der ältesten Quelle sehr wahrscheinlich. Der § 69/II/1o A.L.R. unterscheidet zwischen Beamten, die in unmittelbaren Diensten des Staates stehen, und solchen, die in Diensten gewisser dem Staat untergeordneter Korporationen, Kollegien und Gemeinen stehen.

Tatsächlich ist nun die Formel des § 69 so abstrakt gehalten, daß man sie beliebig ausfüllen kann. Die Begriffe Kollegien - Korporationen - Gemeinen sagen als solche nichts darüber aus, ob die so bezeichneten Institutionen hoheitlichen oder privaten Charakter besitzen und ob sie Träger eigener Rechte sind. Ebenso kann die Bezeichnung "untergeordnet" die ganze Stufenleiter rechtlicher Abhängigkeitsverhältnisse von der Rechtlosigkeit bis zur bloßen staatlichen Rechtsaufsicht umfassen, ohne daß dem Begriff Gewalt angetan würde. Hält man hierzu die Verschiedenartigkeit der einzelnen Beamtenkategorien und der Wandlungen, deren ihr Verhältnis zum Staat fähig war, so ergibt sich, daß ein eigener sachlicher Gehalt des Begriffes "mittelbarer Beamter" kaum zu gewinnen ist. Ein Beispiel soll dafür schon an dieser Stelle hervorgehoben werden. Nach dem A.L.R. waren die Geistlichen unmittelbare Beamte (§ 69/II/11). Nach der ersten preußischen Norm, die den § 69/II/1o A.L.R. konkret interpretiert, nämlich dem § 161 des Anhangs zum § 1o8/I/24 Allg.Ger.O. werden zu den mittelbaren Beamten außer den städtischen und landschaftlichen Beamten auch die Geistlichen gezählt. Bereits in einer Cabinettsorder vom 14.5.1832 werden sie überhaupt nicht mehr zu den Beamten gerechnet.

Man sieht an diesem einen Beispiel den schwankenden Gehalt des Begriffs "mittelbarer Beamter". Er ist in diesem Fall ganz offenbar beherrscht von den wechselnden

Anschauungen über das Verhältnis Staat - Kirche. Es könnte nun allerdings eingewandt werden, daß gerade dieses Beispiel unmaßgeblich sei, weil überhaupt die Eingliederung der Geistlichen in den Beamtenaufbau eine ungerechtfertigte Willkür darstelle. An sich wäre dieser Einwand allein schon ein Beweis dafür, daß der Begriff nur zeitgebundene Grundlagen hat. Indessen mag die Berechtigung des Einwandes zugestanden werden, weil ohne dieses Zugeständnis eine speziell staatsrechtliche Untersuchung zu unfruchtbaren Exkursen in das Grenzgebiet des Staatskirchenrechts führen müßte. Immerhin mag diese Erwähnung als bezeichnender Hinweis auf die Wandlungsfähigkeit des mittelbaren Beamtenbegriffs bestehen bleiben.

Entscheidend für die Untersuchung des Begriffs ist die Figur des Kommunalbeamten und hier speziell wieder des städtischen Beamten. Insbesondere für die ältere Entwicklung (die beiden ersten Hauptteile dieser Arbeit) kann sich die Untersuchung auf diese beschränken, da außer den Städten die Korporationen des § 69/II/1o im wesentlichen nur noch aus den alten ständischen Ritterschaften bestanden, die bereits zur Zeit des A.L.R. absterbende Institutionen darstellten. Die neu geschaffenen Institute der Landschaften aber waren mindestens in ihrer Anfangszeit so ausgesprochene Kunstprodukte des Staates, daß aus der Einbeziehung ihrer Beamten in diese Erörterung die Klärung der besonderen Eigenarten des mittelbaren Beamten nicht gefördert werden kann.

Zu einer weiteren Beschränkung berechtigt die Entwicklungsgeschichte des Begriffs: Die Untersuchung soll in ihren ersten Teilen auf das preußische Recht beschränkt bleiben. In dem preußischen Landrecht haben wir die Quelle des Begriffs, in der Städteordnung des Freiherrn vom Stein erfährt der Begriff seine erste große Wandlung und in der preußischen Städteordnung von 1853 verändert eine völlig neue Vorstellung von der kommunalen Selbstverwaltung wiederum den Begriff des mittelbaren Beamten.

Die Untersuchung wird also in ihren ersten Teilen grundsätzlich das preußische Recht der städtischen Beamten zum Gegenstand haben. Sie wird versuchen, die durch die abstrakte Formel des § 69/II/1o geschaffene Vieldeutigkeit des Begriffs dadurch zu klären, daß sie ihn in Verbindung zu den jeweiligen Verfassungssätzen und Verfassungsideen des preußischen Staates bringt. . . .

A) Der landrechtliche Begriff des mittelbaren Beamten und seine Entstehung.

In der Einleitung wurde ausgeführt, daß der § 69/II/1o als solcher keine Klarheit über den Begriff "mittelbarer Beamter" gibt. Aus ihm geht lediglich hervor, daß das mittelbare Beamtentum eine besondere Gruppe aller "Beamten" darstellt. Da es aber unmöglich ist, einen Unterbegriff ohne Verständnis des Oberbegriffs zu erklären, so bedarf zunächst der allgemeine Beamtenbegriff des A.L.R. der Untersuchung.

1. Der allgemeine Beamtenbegriff des A.L.R.

Das öffentliche Recht des Landrechts stellt gleichzeitig das Ende und den Beginn zweier Staatsrechtsepochen dar. Diesen Eindruck erhält man unmißverständlich aus dem § 1/II/13: "Alle Rechte und Pflichten des Staates gegen seine Bürger und Schutzverwandten vereinigen sich in dem Oberhaupte desselben." Ende einer Epoche ist dieser Satz insofern, als er nach jahrhundertelangem Kampf zwischen den Ständen und dem Fürsten die absolute Macht des Herrschers feststellt. Anfang ist der Satz insofern, als er in klarer Form einen Unterschied zwischen dem Staat und dem Fürsten ausdrückt. Wenn der Fürst nur noch Staatsoberhaupt genannt wird, so hat der Staat damit seine Selbständigkeit erhalten und ist nicht mehr Apparat des Fürsten. Dieser Übergangsperiode verdankt auch der Begriff des "Staatsdieners" seine Entstehung.

In der Zeit der patrimonialen Verfügungsgewalt des Fürsten über sein Land war der Begriff des Fürstendieners üblich. Die allmähliche Scheidung zwischen Staat und Fürst war noch zu kurz, und die rechtsförmliche Konstruktion des Staates zu unscharf, als daß die Unmöglichkeit eines Dieners einer unpersönlichen Institution hätte voll erkannt werden können. Dessenungeachtet kommt es doch schon im A.L.R. genügend klar zum Ausdruck, daß der Beamte nicht mehr der privatrechtlich angestellte Diener seines Fürsten ist.

Der § 69/II/1o sagt, daß der Beamte im Dienste des Staates, nicht des Fürsten stehe. Die Überschrift "Rechte der Civilbedienten in ihren Privatangelegenheiten" vor den §§ 1o5 ff. gibt a contrario zu erkennen, daß das A.L.R. zwischen öffentlichen und privaten Rechten der Beamten unterscheidet. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang der § 16/II/13: "Soweit die Besorgung gewisser zu den Rechten und Pflichten des Staates gehörender Angelegenheiten und Geschäfte den Beamten vermöge ihres Amtes zusteht, muß diesen innerhalb der Grenzen ihres Auftrages ebenso wie dem Landesherrn selbst Folge geleistet werden."

Diese Norm spricht also einmal ganz scharf von "Angelegenheiten des Staats" und zweitens sagt sie, daß die Besorgung dieser Angelegenheiten den Beamten vermöge ihres Amtes, nicht etwa des fürstlichen Befehls zustände. Zwar verleiht der König das Amt, aber er tut dies nicht als Patrimonialherr, sondern als Oberhaupt des Staates. Infolgedessen führt nach der Verleihung der Beamte seine amtliche Tätigkeit auch nur noch auf die Hoheitsbefugnisse des verselbständigten Amtes zurück.

Die Auslegung des Gesetzes läßt keinen anderen Schluß als den zu, daß das Staatsamt des A.L.R. schon die Bedeutung eines abgegrenzten Geschäftsbereichs innerhalb des unpersönlichen Hoheitsgebildes Staat hatte. Das Wort Friedrichs des Großen, er sei der erste Diener des Staates, war nicht nur eine philosophische Phrase, [1] sondern entsprach auch der Verfassungslage seiner Zeit.

Die Verselbständigung des Staates wird schließlich besonders scharf dadurch charakterisiert, daß zum ersten Mal legislatorisch die hoheitlichen Rechte des Fürsten von seinen privaten Rechten geschieden werden: §§ 17, 18/II/13 A.L.R.

Überflüssig scheint es zu sein, einen weiteren Beweis in dem philosophischen Einfluß der Aufklärung auf das Landrecht zu suchen. Daß ein solcher stattgefunden hat, zeigen die §§ 83 Einl.z.A.L.R. und 2/1/1 A.L.R. In diesem Zusammenhang kann jedoch die Aufklärung keine entscheidende Rolle gespielt haben. Sie behauptete, sich auf das Naturrecht zu stützen. Das Naturrecht aber hatte etwas früher dazu herhalten müssen, mit Hilfe des Unterwerfungsvertrages alle Macht des Fürsten zu rechtfertigen. Es lag also durchaus nicht in der Konsequenz naturrechtlichen Denkens, den Fürsten zum Staatsorgan zu "degradieren". Vielmehr beruht die Trennung von Fürst und Staat in der inneren Konsequenz des preußischen Beamtentums, das infolge der umfassenden Größe seiner Aufgaben des ursprünglichen Apparatcharakters allmählich entkleidet wurde und nun, zur selbständigen Größe geworden, seinen einstigen Schöpfer und Herrn zu absorbieren begann. Nichtsdestoweniger darf nicht verkannt werden, daß das Landrecht erst der Beginn dieser Trennung gewesen ist. Wichtig ist diese Überlegung im Beamtenrecht für die Frage, inwieweit der König frei über den Inhaber eines Amtes verfügen konnte. Es handelt sich dabei nicht um die Frage, ob etwa ein subjektives Recht des Beamten auf Verbleiben im Amte bestanden hätte, sondern das Problem besteht lediglich darin, ob das öffentliche Recht des Staates bereits soweit ausgebildet war, daß es ausschließlich öffentliche Interessen, nicht aber die Willkür des Fürsten für die Beibehaltung des Staatsdieners im Amte maßgebend sein ließ.

Der jüdische Staatsrechtslehrer Preuß erklärte [2] ("Städt. Amtsrecht in Preußen" S.18 ff.), das Fehlen einer diese Frage regelnden Norm beweise, daß der Staatsdiener des aufgeklärten Absolutismus in Wahrheit noch immer privatrechtlich angestellter Fürstendiener gewesen sei.

---

1) Rousseau: "Il parle en Philosophe et se conduit en roi, la Gloire et l'intérêt, voilà son dieu, sa loi!"
Ähnlich übrigens der Jude Preuß in "Städtisches Amtsrecht in Preußen" 1902. S.20 ff.

2) Unter Berufung auf Gönner "Staatsdienst und Staatsdiener" und "Teutsches Staatsrecht" 1804/1808 u. auf Chr. Wolff (in Rehm "Annalen") 1884 S.595: "Quae de heri ac famuli iure et obligatione valent, ea etiam de iure ac obligatione superioris seu collatoris et ejus, qui officio puplico fungitur jure ac obligatione intelliguntor."

Für die Auffassung des landrechtlichen Gesetzgebers sind folgende Punkte symptomatisch:
Bei einer ganzen Beamtenkategorie wurde die Amtsentfernung nicht nur nach öffentlich-rechtlichen Grundsätzen normiert, sondern überhaupt dem königlichen Spruch entzogen: Die Richter konnten nur im Wege Rechtens ihres Amtes entsetzt werden (§ 99/II/17).

Für den Übergangscharakter des A.L.R. ist es nun bezeichnend, daß ein gleicher Satz für die übrigen Beamten in den Entwurf des A.L.R. zwar aufgenommen, aber später fallengelassen worden war, weil dadurch der König in der Wahl der Beamten zu sehr beschränkt würde.[1]

Nur gegen Dienstentlassung durch seine sonstigen Vorgesetzten wurde der Beamte gesichert (98/II/1o).

Dennoch kommt die Idee der Selbständigkeit des Amtes gegenüber fürstlicher Willkür in drei anderen Rechtssätzen klar zur Geltung:
a) Im § 85/II/1o, nach dem die Rechte und Pflichten der Civilbedienten sich nach den besonderen Gesetzen und Amtsinstruktionen bestimmen sollten. Was letztere anbelangt, so ergibt sich aus dem Wort Amtsinstruktion, daß nur der jeweilige Inhaber eines staatlichen Amtes, nicht aber ein fürstlicher Privatdiener betroffen sein sollte. Fraglich ist nur, was das A.L.R. unter "Gesetz" verstand. Eine Definition etwa i.S. einer veröffentlichten, generellen Norm kannte das A.L.R. nicht. Jedoch findet sich die Notwendigkeit der Veröffentlichung im § 1o ff. Einl.z.A.L.R. Das Merkmal der generellen Eigenschaft des Gesetzes ist angedeutet im § 5 Einl.A.L.R.: "Die von dem Landesherrn in einzelnen Fällen, oder in Ansehung einzelner Gegenstände getroffenen Verordnungen können in anderen Fällen oder bei anderen Gegenständen als Gesetze nicht angesehen werden."

Der Grundgedanke ist offensichtlich der, das Beamtenrecht generell und nach öffentlichen Gesichtspunkten regeln zu wollen.

Diese Intention des Gesetzgebers wird verdeutlicht durch die Bestimmung über die Entlassung mittelbarer Beamter:
Im § 171 und 172/II/6 heißt es: "Weder die auf Lebenszeit noch auf kürzere bestimmte Zeit angesetzten Vorsteher und Beamte können von der Korporation nach bloßer Willkür entlassen werden." "Dagegen kann der Staat sie aus eben den Gründen, aus denen Beamte überhaupt ihres Amtes verlustig gehen können, absetzen oder entlassen."

Es ist offenbar, daß der landrechtliche Gesetzgeber auch hier von dem Gedanken geleitet ist, jede Willkür aus dem Beamtenrecht auszuschalten. Wiederum aber behält er sich durch die Verweisung auf das allgemeine Beamtenrecht, das noch keine genau fixierten Entlassungstatbestände kennt, das letzte Wort vor.

---

1) S. auch Stölzel "Brandenburg - Preußens Rechtsverwaltung u. Rechtsverfassung" II/265 ff./275, insbesondere 3o1 ff. und 316.

Schließlich sei die Entlassung auf Antrag des Beamten erwähnt. § 95/II/10: "Die Entlassung soll nur bei erheblichem Nachteil für das gemeine Beste versagt werden."

Der Grundgedanke ist klar: Die Aufrechterhaltung des Beamtenverhältnisses muß sich nach den öffentlichen Interessen richten. Jedoch scheint es merkwürdig zu sein, daß ein gleicher Satz für den umgekehrten Fall, nämlich die Entlassung gegen den Willen des Beamten, unausgesprochen bleibt. Dies könnte zu der Anerkennung der Ansicht des Hugo Preuß führen, wenn die Grundidee des A.L.R. unbeachtet bliebe.

Nach dieser aber vereinigt der Fürst als Staatsoberhaupt, nicht als Privatherr, alle Rechte und Pflichten des Staates in seiner Person. Aus dieser Stellung rührt seine besondere Verpflichtung her, alle Maßnahmen zu treffen, die der Erreichung des Staatszwecks förderlich sind (s. nächste Seite und § 2/II/13 A.L.R.). Die Lücke im Gesetz sagt also nicht, daß der Willkür des Fürsten Spielraum gelassen werde, sondern bedeutet lediglich, daß es seiner Entscheidung vorbehalten sei, ob ein öffentliches Interesse an der Entlassung des Beamten vorliege.

Es käme ja auch kein Jurist auf den Gedanken, aus der Tatsache, daß unter staatsrechtlich verschiedensten Verhältnissen gewisse Amtsträger (z.B. der Führer, früher der Reichspräsident im Staatsnotstand, der Duce in Italien, der Papst in der kathol. Kirche) eine ausschließliche und unanfechtbare Entscheidungsbefugnis haben, zu schließen, daß der Staat von der Willkür einer Privatperson beherrscht werde.

Jene Lücke hat also durchaus nichts auffälliges an sich. Vielmehr kommt in den angezogenen Vorschriften der Gedanke, daß das Staatsamt ausschließlich von öffentlichen Gesichtspunkten beherrscht werde, so genügend zum Ausdruck, daß es einer Spezialnorm für die Beamtenentlassung nicht mehr bedurfte.

Diese Ansicht wird schließlich gerechtfertigt durch die Bemerkungen Suarez zum 13. Titel: "Der ganze Titel enthält keine Gesetze für den Landesherrn, sondern nur eine Herleitung seiner Rechte aus seinen Pflichten. Daß auch der letzteren erwähnt werde, kann wohl heute von niemandem mehr anstößig empfunden werden." [1]

Mit dieser authentischen Interpretation ist allerdings der Kern des Problems getroffen: Mit der Festlegung fürstlicher Pflichten ist der selbständige Staat geboren. Denn nur ihm gegenüber konnte der Fürst Pflichten haben. Rechtspflichten gegen sich selbst sind unmöglich; Rechtspflichten aber gegenüber den Ständen hätten die Vernichtung der ständischen Libertät juristisch annulliert.

---

1) Koch: Kommentar z. A.L.R. 8. Aufl. Anm. 1 zum 13. Titel.

Es blieb also nur die Pflicht gegenüber dem unpersönlichen Gebilde "Staat", die sich in dem nüchternen Satz des § 2/II/13 zeigt: "Die vorzügliche Pflicht des Staatsoberhaupts ist es, äußere und innere Ruhe und Sicherheit zu erhalten." Allein dieser allgemeine Staatszweck war es aber auch, der nach preußischem Recht das Verhalten des Fürsten zu den Beamten bestimmen durfte.

Prüft man endlich die Rechtsgeschichte auf tatsächliche Fälle "willkürlicher Beamtenentlassung", so sind auch bei genauester Forschung nur drei Fälle unter drei Königen bekannt, in denen der unmittelbare Eingriff des Königs ohne genaue rechtliche Untersuchung zur Kassation führte; und zwar handelte es sich um die Kammergerichtsräte im Müller-Arnold-Prozeß, um den Prediger Schulz, der dem Wöllnerschen Religionsedikt nicht folgen wollte, und schließlich um den Minister Wöllner selbst. In allen diesen Fällen ist es aber der entscheidende Punkt, der häufig übersehen wird, daß diese Entlassungen grade mit der Verletzung wichtigster Amtspflichten motiviert wurden und somit dem nie angezweifelten Disziplinarrecht des Königs, nicht aber einem privaten Verfügungsrecht über das Amt entstammten. (Vergl. dazu die eingehenden Untersuchungen Stölzels a.a.O. II/265.)

Die hier vertretene Ansicht von dem rein öffentlich-rechtlichen Charakter des landrechtlichen Beamtenbegriffs hat sich noch lange Zeit im deutschen Rechtsleben erhalten. So sagt z.B. Schulze "Preuß. Staatsrecht 2. Aufl. Bd. I S.301: In diesem Gesetzbuch sei zum ersten Mal der Staat als öffentlich-rechtliche Persönlichkeit klar erfaßt und folgerecht sei daraus der Begriff des Staatsdienstes abgeleitet. (Ebenso Rönne "Staatsrecht der preuß. Monarchie III ! S.406) Erst dem späteren jüdischen Liberalismus blieb es vorbehalten, aus dem Staatsdiener des A.L.R. einen Fürstendiener zu machen und dem Landrecht einen servilen Charakter zu geben, den nicht zu besitzen, sein größter Vorzug war.

Wie umstürzend das A.L.R. in Wahrheit war, zeigt eine Studie der damaligen Rechtslehre. Bei einem heutigen Vergleich derselben mit dem Gesetz muß man im Auge behalten, daß das Landrecht die vermögensrechtlichen Beziehungen des Beamten zum Staat überhaupt nicht berührte. Vielmehr stand es fest, [1] daß diese mit dem staatsrechtlichen Institut des Amtes nur mittelbar in Berührung standen. Das Amt galt ein Jahrhundert lang unbestritten nur als eine dem öffentlichen Recht entstammende causa, die vermögensmäßig rein privatrechtliche Folgen zeitigte. [2] Die Errungenschaft des A.L.R. bestand allein darin, daß es das Amt als solches in die öffentlich-rechtliche Sphäre emporhob. Diesen Wandel begann die Rechtslehre erst ein Jahrzehnt später zu verstehen und dogmatisch zu würdigen. Erst Gönner "Teutsches Staatsrecht" 1804 und "Staatsdienst und Staatsdiener" 1808 führte als erster den Nachweis, daß der Staatsdienst rechtlich verschiedene Seiten habe, und erst 1828 folgte ihm als zweiter Hefftер. [3]

Zu 1) und 2) siehe unten S.14, 24

Zu 3): Heffter: "Beiträge zum Staats- und Fürstenrecht".

Man darf sich bei der Prüfung der sonstigen Literatur jener Zeit nicht dadurch beirren lassen, daß sie in ihrer Mehrzahl willkürliche Maßnahmen der Fürsten gegen ihre Beamten ablehnte. Entscheidend für die Beurteilung der damaligen Lehre ist allein ihre Konstruktion des Staatsdienstes.

Die bekannten Rechtslehrer der Zeit konnten sich aber die Begründung des Staatsdienstes nicht anders als nach den Regeln des privaten Vertragsrechtes vorstellen.

Ganz eindeutig ist diese Konstruktion noch im Ausgang des 17. Jahrhunderts. So schreibt Ludolf Hugo 1661 in "De statu reg. Germ." Cap. 111 § 34: "Pleraque officia in principum ditionibus non tam a legibus sed a solo nutu principis dependent" oder Myler ab Ehrenbach in der bekannten Hyparchologia (1678) Cap.4 § 2: "Quoniam ea, quae precario concessa sunt, in liberrimo arbitrio principis consistunt. Is enim, qui rem precario concessit, potest illam revocare prout libuerit. Utitur autem princeps revocando officium suo iure, ideo nemini facit iniuriam." Ebenso wie Myler behandelt auch J.H. Böhmer den Fürstendienst als precarium. Die Literatur des 18. Jahrhunderts - wohl bewogen durch die wachsende Bedeutung des Beamtentums - räumt dem Beamten allmählich eine festere Rechtsstellung nach privatem Dienstvertragsrecht ein. In der Regel ist es die Konstruktion der "locatio conductio operarum" (z.B.v. d. Decke "von Staatsämtern und Staatsdienern" 1797 Einl.S.19). Andere wiederum nahmen einen Innominatvertrag "do ut facias" an (zitiert nach Heffter S.125 ff.). Selbst zu Beginn des 19. Jahrhunderts wird die privatrechtliche Konstruktion des Dienstvertrages nicht aufgegeben: z.B. Leist "Lehrbuch des teutschen Staatsrechts" (1803) S.310, u. Hartleben "Justiz- und Polizeifama" (1814) Nr.44 - 46. Insbesondere sagt Klüber (Öff. Recht des teutschen Bundes § 406), daß"die wechselseitigen Rechte zwischen dem Staat und dem Beamten aus den Stipulationen des Dienstvertrages" zu beurteilen seien. Für den Übergangscharakter der Zeit ist grade diese letzte Schrift bezeichnend: Einerseits hält sie am Dienstvertrag fest und bezeichnet Gönners Lehre als Ausnahme (§ 406 Anm. d), andererseits spricht sie von den Staatsämtern ausdrücklich als von "Hoheitsrechten", definiert das Staatsamt als "fortwährenden Auftrag zu bestimmten Staatsgeschäften" und stellt den Regenten nur an die "Spitze der Staatsbeamten". (§ 401)

Der allmähliche Anschauungswandel in der Lehre war die Folge der Tendenzen zahlreicher Kodifikationen jener Zeit. Insbesondere ist in diesem Zusammenhang neben dem Landrecht die "Baierische Hauptlandespragmatik" v. 1.1.1805 zu nennen. Diese hebt den öffentlich-rechtlichen Charakter des Amtes in interessanter Weise dadurch hervor, daß sie zwischen dem Stand mit Standesgehalt einerseits und dem Dienst mit Dienstgehalt andererseits unterscheidet. Jener ist nur nach Recht und Urteil, dieser nach fürstlichem Wohlbefinden ("AD BENE PLACITUM") entziehbar.

Die Auseinandersetzung über die Rechtsnatur des Beamtenverhältnisses hatte nicht nur theoretischen Wert, sondern wirkte sich ebenso sehr auf die Fragen der

Rechtspraxis aus. Das zeigte sich besonders bei den Problemen der Amtsentfernung und der Pflicht zur Übernahme eines Amtes. Die privatrechtlich eingestellte Lehre teilte sich bei der Frage der Amtsentfernung nach ihrer jeweiligen Vertragskonstruktion und gelangte entweder zu beiderseitiger freier Kündbarkeit oder zur einseitigen Unwiderruflichkeit. (Nähere Zitate bei Klüber Anm. d zu § 407.) Demgegenüber führte die von Gönner und Heffter vertretene ö.r. Lehre zu einem aus ihrer Grundanschauung konsequent abgeleiteten grundsätzlich anderen Ergebnis: Die Verleihung des Staatsamtes als eines "Verfassungsgegenstandes" kann jederzeit rückgängig gemacht werden, da der Einzelne kein Recht auf ein öffentliches Amt haben könne. (Gönner "Teutsches Staatsrecht" § 425 und Heffter S.141 ff.) Jedoch mit derselben Schärfe vertritt diese Lehre die privatrechtlichen "Entschädigungsansprüche" Heffter: "Privatrechtlich ist dagegen alles, was nicht nur Bezug auf das Allgemeine im Staat hat, sondern in einer eigentümlichen civilistischen obligatio besteht und auf das Privatvermögen influiert". 1)

Dieselbe Frage besteht bei der freien Aufkündbarkeit des Amtes durch den Beamten: Bei der privatrechtlichen Konstruktion Zersplitterung je nach dem Vertragstyp (Zitate bei Klüber §§ 406, 407), bei der ö.r. Lehre keine "einseitige Resignation", da das Amt eine dauernde Last sei. (Gönner § 425, Heffter S.139 ff.) In aller Schärfe zeigt sich schließlich der Zwiespalt bei der Frage, ob in jedem Fall eine Pflicht zur Übernahme eines Amtes bestehe: Die privatrechtliche Lehre verneint die Frage natürlich (Klüber § 406), die ö.r. Lehre bejaht sie (Heffter S.125 ff.)

Die bisherige Untersuchung hat sich darauf beschränkt, ein einziges - allerdings entscheidendes - Kriterium des landrechtlichen Beamtenbegriffs, nämlich dessen öffentlich-rechtlichen Charakter herauszuarbeiten. Unberücksichtigt blieb bisher eine Erörterung über die Frage, welche Personen als Beamte zu betrachten seien. Die Antwort darauf geben die §§ 1 - 3/II/10. In ausschließlicher Beziehung auf die Militär- und Civilbedienten heißt es in den §§ 2, 3, daß dieselben dem Staatsoberhaupt außer den allgemeinen Untertanenpflichten besondere Treue und Gehorsam schuldig und dem Staat durch Eid und Pflicht zugetan seien.

Das durch eidliche Verpflichtung eingegangene "Besondere Gewaltverhältnis" zum Staat macht also den spezifischen Inhalt des Beamtenverhältnisses aus.

Aus dieser Legaldefinition bleibt für die folgende Untersuchung wesentlich, daß Beamter nur derjenige sein kann - aber auch jeder ist, der zu dem Staat in ein besonderes Gewaltverhältnis getreten und kraft dessen vorzüglich zur Förderung des Staatszwecks bestimmt ist. (§ 1/II/10)

---

1) Ebenso Perthes: "Der Staatsdienst in Preußen" 1838 S.96 ff.

II. Die Entwicklung des Verhältnisses Staat - Gemeinde bis zum A.L.R.

1.) Vorbemerkung.

Es wurde in der Einleitung gesagt, daß nach dem klaren Wortlaut des § 69/II/1o die mittelbaren Beamten nur eine besondere Gruppe aller Beamten sein können. Wenn dieser Satz juristisch richtig sein soll, d.h., wenn der Begriff "mittelbarer Beamter" nur ein Spezialbegriff sein soll, so muß dieser alle wesentlichen Merkmale des Oberbegriffs enthalten. Er darf sich von letzterem nur dadurch unterscheiden, daß er sich durch einzelne weitere Merkmale besonders charakterisiert, die zu denen des Oberbegriffs nicht in Widerspruch stehen.

Nach § 69 besteht der einzige Unterschied darin, daß der mittelbare Beamte "in Diensten gewisser dem Staat untergeordneter Kollegien, Korporationen und Gemeinen" steht.

Aus diesem Satz erhellt, daß der Kernpunkt des hier zu prüfenden Problems in der Natur des Verhältnisses zwischen dem Staat und den ihm "untergeordneten Kollegien, Korporationen und Gemeinen" liegt.

Der Klärung dieses Verhältnisses hat sich bisher vorwiegend die historische Wissenschaft angenommen, während eine präzise staatsrechtliche Behandlung unter der älteren Literatur fehlt und neuere staatsrechtliche Werke fast ausschließlich auf historische Untersuchungen zurückgreifen. Nun hat die historische Behandlung vor der juristischen den Vorzug, daß sie die Dynamik des Werdens und der Veränderung anschaulicher zu bringen in der Lage ist. Dieser Umstand birgt indessen die Gefahr, daß die Schärfe des Blicks für das eigentümliche Wesen eines bestimmten Zustandes getrübt wird. Dieses Bedenken wiegt bei vielen Juristen schwer genug, um gegen den Wert historischer Auseinandersetzungen über das Verhältnis Staat - Gemeinde mißtrauisch zu sein. Ein solches Mißtrauen ist dann berechtigt, wenn in juristischen Untersuchungen anstelle rechtlicher Argumente geschichtsphilosophische Erörterungen über die Erstgeburt des Staates oder der Gemeinde angeführt werden.

Indessen ist die Lage in diesem Fall eine andere. Es gilt hier nicht nur der allgemeine Satz von der Erklärung der Gegenwart durch die Vergangenheit, sondern das Landrecht selbst hat die historisch gewordene Ordnung des Verhältnisses zwischen Staat und Gemeinde in sich aufgenommen. Nach der ausdrücklich bestätigten Ansicht des Gesetzgebers sollte das Landrecht kein neues Recht setzen, sondern lediglich geltendes Recht kodifizieren. [1]

Damit ist aber die Notwendigkeit einer rechtshistorischen Einführung gegeben.

---

[1] Svarez in d. Materialien z. A.L.R. Band 8o S.154.

2.) Die Unterwerfung der Gemeinden unter die Staatsgewalt.

Das Ständesystem des mittelalterlichen Reiches hatte sich im Ausgang des Mittelalters auch zum Verfassungszustand in den Territorien entwickelt. Wie im Reich so waren auch in den Ländern die Städte zum dritten Stand mit einem auf zahlreichen Privilegien basierten Hoheitsstatus geworden. [1] Ihre Selbständigkeit war grade in Brandenburg infolge des häufigen Dynastienwechsels (Askanier, Wittelsbacher, Luxemburger, Hohenzollern) sehr groß.

Dieser Zustand begann sich erst unter dem Großen Kurfürsten zu ändern. Es ist außerordentlich instruktiv, an einem einzigen Beispiel, das allerdings den Angelpunkt der gesamten Umwälzung bildete, die Entwicklung kurz zu prüfen.

Es ist dies die Erhebung der Akzise, die etappenweise von 1641 ab in den verschiedenen Landesteilen eingeführt und an die Stelle der städtischen Matrikularbeiträge gesetzt wurde. Das unmittelbare Motiv dieser Umstellung war die Notwendigkeit der Besoldung eines stehenden Heeres gegen die Einfälle der marodierenden Banden des großen Krieges. Die brandenburgischen Stände, von der Not des Tages zur Einwilligung in die fürstliche Steuererhebung getrieben, schaufelten sich damit ihr eigenes Grab. In den Rechtsformen, die nunmehr bei jeder Neuerhebung der Akzise ihr Gesicht wechselten, spiegelt sich die vierzigjährige Entwicklung in fesselnder Weise wider:

Die erste Einführung am 30.7.1641 für die Uckermark und am 17.11.1641 für die Prignitz und Ruppin (CCM.[2] Teil 4. III. 2. Nr.1, 2) erfolgte unter ausdrücklicher Bewilligung der Stände auf "kontinuierlichem Landtage" unter besonderer Darlegung der Motive. Siebzehn Jahre später, also 1658, wird die Akzise ohne solche Bewilligung für die Residenz Berlin verordnet (CCM. Teil 4. III. 2 Nr.3); Berlin war wohl der Prüfstein, an dem erstmalig die Ausübung der Steuerhebung versucht wurde, da hier der städtische Widerstand bereits früher gebrochen worden war.

Wieder neun Jahre später ist die ganze Kurmark für dieses Verfahren reif geworden, und es heißt ohne jede Erwähnung städtischer Bewilligung in der Akzise - Ordnung v. 1667: "Und ist demnach unser gnädigster Wille und Befehl, daß hinfüro------- von allen nachspezifizierten Consumtibilien darbey verzeichnete Geld gegeben ..... werden soll." (CCM. Teil 4. III. 2 Nr.5) Noch aber erfolgte die feste Zusicherung, daß diese Ordnung nur eine dreijährige Interimseinführung sei und danach von den Städten selbständig abgeschafft werden könne und auch sämtliche Privilegien derselben unberührt lasse.

Der Schlußstrich wurde in der Akzise - Ordnung v. 1680 gesetzt: Auch hier wieder die vertrauenerweckende Zusicherung, daß den Landesverfassungen und Gerechtsamen nicht "präjudiziert" werden solle, aber nun fällt auch das letzte städtische Recht, nämlich das Recht zur Aufhebung der Steuer nach Fristablauf: "Behalten wir uns vor,

---

1) Rönne - Simon S.17 ff. u. Rönne "Preuß. Staatsrecht" I § 4, Maurenbrecher § 155 und Eichhorn "deutsche Staats- und Rechtsgeschichte" III § 425 ff.

2) Abkürzung für: Corpus Constitutionum Marchiacarum.

diese unsere Verordnung anderweit revidieren zu lassen und solche nach Gelegenheit der Zeiten und Örter zu mindern, zu mehren, zu ändern oder gänzlich aufheben zu lassen." (CCM. Teil 4. III. 2 Nr.9) Damit ist der fürstlichen Macht ihre endgültige Grundlage gegeben und der städtischen Hoheit die ihre genommen. Bis ins Einzelne läßt sich dieser Vorgang stufenweise verfolgen: Von Verordnung zu Verordnung wird die Reihe der von der Akzise betroffenen Produkte größer, werden die Kontrollbefugnisse der Akzisebeamten umfangreicher und damit ihre Eingriffsbefugnisse in die Städtefreiheit gesteigert. Ließ aber zunächst die Akziseeinführung das städtische Verfassungs- und Beamtenrecht, und speziell das städtische Ernennungsrecht der Akzisedirektoren unberührt, so wurde auch an diese Autonomie in den Akzise-Ordnungen v. 1661 und der Instruktion von 1680 das Beil gelegt. In ersterer werden Kontrollausschüsse aus der Bürgerschaft gegen den Magistrat eingesetzt, in letzterer erläßt der Kurfürst eine unmittelbare Instruktion an die städtischen Akzisebeamten. (CCM. Teil 4. III. 2 Nr.8)

Damit hat der Kurfürst zum ersten Mal innerstädtisches Verfassungsrecht gesetzt und darüber hinaus bestimmte städtische Beamte der unmittelbaren fürstlichen Direktion unterworfen.

Der Kampf um die Akzise ist allerdings der einzige, den der Kurfürst erfolgreich gegen die Städte durchführte. Es wäre ein vergebliches Unterfangen, zu entscheiden, ob er außer der Steuerhoheit den Gemeinden auch die Polizei- und Gerichtshoheit genommen hat. Bondak, der diese Frage auf Grund zahlreicher Einzelquellen prüft, kommt zu keinem klaren Resultat. (Geschichte des preuß. Verwaltungsrechts I. 261)

Wahrscheinlich ist es, daß die Kontroll- und Befehlsbefugnisse der fürstlichen Steuerkommissare genügten, um die Ausübung der Polizeigewalt im Sinne des Kurfürsten sicherzustellen, dieser aber andererseits noch nicht die Machtfülle besaß, die städtische Polizeihoheit gänzlich an sich zu ziehen. Das ist deshalb besonders naheliegend, weil die kurze Zeitspanne der Regierungszeit eines einzigen Fürsten nicht genügen konnte, um die nach Landesrecht, Landschaft und Glauben völlig zersplitterten Länder einem einheitlichen Recht zu unterwerfen. So wurde z.B. selbst die Akzise in den nichtbrandenburgischen Ländern Magdeburg, Ostpreußen, Kleve, Pommern erst nach der Zeit des Großen Kurfürsten eingeführt (Schmoller "Zeitschrift für preuß. Geschichte" 11/524). Es kann also auch die stets versprochene Achtung vor den Landesverfassungen und Privilegien nicht nur als leere Phrase gedeutet werden. Noch besaßen die Städte ihre Hoheitsrechte und ihre Beamten; jedoch in der Usurpation der städtischen Steuerhoheit war ein entscheidender Präcedenzfall für die Geltendmachung der allgemeinen Landeshoheit geschaffen worden.

Die Fortführung der unter dem Großen Kurfürsten begonnenen Unterwerfung der Städte vollzog sich auch unter Friedrich Wilhelm I. nicht nach einem abstrakten Verfassungsschema, sondern ergab sich schrittweise aus der täglichen Verwaltungspraxis;

bezeichnend ist dafür, daß allgemeine Rechtssätze kaum erlassen wurden, sondern daß fast stets Regelungen vorgenommen wurden, die nur für einzelne Städte oder Städtegruppen Geltung besaßen. Diese ergaben am Ende der Regierungszeit Friedrich Wilhelms I. ein ziemlich übereinstimmendes Gesamtbild, das folgende Grundlinien aufwies:

Der Angelpunkt war auch jetzt wieder die Finanzlage der Städte, die so trostlos war, daß der König noch im Jahr seiner Thronbesteigung eine Verordnung "betreffend die Exmissiones und Immissiones widder die Rathäuser" erlassen mußte (CCM. 5. I. Sp. 395). Ein Hebel zur Umwälzung war diese Verordnung insofern, als sie den Schutz der städtischen Finanzen in die Hände königlicher Kommissariate legte. Die Tätigkeit derselben beschränkte sich nicht nur auf die bloße Aufsicht, sondern mündete nach einer augenblicklichen Klärung meist in die Festsetzung von Satzungen für die städtische Verfassung und Verwaltung. Es sind dies die berühmten "Rathäuslichen Reglements" (vergl. verschiedene Gruppen solcher Stadtsatzungen bei Schmoller in Zeitschrift für preuß. Geschichte Bd. 12 S.353 ff. und im "Novum Corpus Constitutionum 5. II. S.778 ff.). Diese Maßnahmen hielten sich auch nicht in dem Rahmen des dem fürstlichen Jus eminens entstammenden Rechts auf Beseitigung eines augenblicklichen Notstandes, vielmehr schloß sich an die einmalige Hilfe sofort die dauernde Unterordnung der Städte an. Schon ein Jahr, bevor den Städten der Vollstreckungsschutz zuteilgeworden war, war allen Kriegs- und Steuerkommissarien eine Instruktion erteilt worden, nach der diese alle Steueranlagen zu kontrollieren hatten (CCM. 5.I. 395). Wenige Jahre später (1715) durfte ohne deren Genehmigung kein Bau aus städtischen Mitteln und keine Verpachtung städtischer Güter mehr stattfinden (CCM. 5.I. 399) und nach einem Jahrzehnt darf ohne seine Genehmigung keine neue Steuer mehr erhoben werden (CCM. 5. I. 427).

Die Abhängigkeit der städtischen Finanzen von der Wirtschaftslage in den Städten führte notwendig auch zu Eingriffen in die städtische Polizeihoheit: Begonnen wurden diese schon in der erwähnten Instruktion mit der Unterstellung der Feuerpolizei, des Maß- und Taxwesens, der Kontrolle der Mühlen und Schlächter. Später aber erhält der Commissarius loci umfassendere und genau spezifizierte Instruktionen, die ihm tatsächlich die gesamte Polizeigewalt unterstellten. Ihm werden jetzt auch die bisherigen Gerichtsorgane der Landreuter als Polizeiausreuter unterstellt. [1]

Der Verfassungsneubau wäre unvollendet geblieben, wenn nicht auch die Gerichtsgewalt, soweit sie für das Verhältnis Staat - Gemeinde von Bedeutung war, den ständischen Regierungen genommen worden wäre. Bezeichnend für den Zustand vor Friedrich

---

1) Vergl. Schmoller "Zeitschr.f.preuß. Geschichte" Bd.11 S.552 und Bd.12
Zur Frage der Landreuter: Edikt v.15.9.1713 in CCM. 5. I. Sp.111 gegenüber der Ordnung in CCM. 2. I Sp.489.

Wilhelm I. sind zwei Verordnungen: [1] Die erste ermahnt die Richter, die fürstlichen Verordnungen über Ämter und Städte als zu Recht bestehend anzuerkennen, die zweite weist Militär-Jagd- und Steuersachen "deren besonderen Foris", Streitigkeiten aber in anderen Polizeiangelegenheiten dem Magistrat zu.

An diesen beiden älteren Verordnungen zeigt sich die Unsicherheit und wohl auch das Mißtrauen der Fachjuristen gegen das staatliche Hoheitsrecht gegenüber den Gemeinden. Die Notwendigkeit eines Schutzes der werdenden Staatshoheit auch vor der Justiz führte zur Ausbildung einer preußischen Verwaltungsgerichtsbarkeit bei dem Generalkriegskommissariat. Zwar mißlangen verschiedene Versuche zur Kompetenzabgrenzung zwischen diesem und den ordentlichen Gerichten in den Jahren nach 1712 (vergl. Schmoller S.54o ff.), schließlich aber wurden alle Angelegenheiten, die sich auf "Militaria, Polizei- und Bausachen" bezogen, den kollegialisch entscheidenden Kriegs- und Domänenkammern zugewiesen. (CCM. 2 I Sp.762 und Schmoller S.543)

Nach Abzug der autonomen Finanzgebarung, der Polizei- und Gerichtshoheit in ihren für die Staatsgewalt wesentlichen Teilen blieben kaum noch städtische Rechte übrig, die es erlauben könnten, von den Städten als Hoheitsträgern zu reden. Dies gilt umsomehr, als das Finanzaufsichtsrecht des Staates sich nicht auf eine Rechtsaufsicht im modernen Sinne beschränkte; sondern der Commissarius loci hatte nach der oben zitierten Instruktion von 1712 den generellen Auftrag, alles treulich zu beobachten, "was der Steuerkassen und Städte bestens befördern und hingegen derselben Schaden und Nachteil behindern kann." (Vergl. auch Schmoller S.55o)

Weiter muß beachtet werden, daß der Polizeibegriff ein ganz anderer war, als wir ihn bis heute kennen. Polizei bedeutete nicht nur Gefahrenabwehr, sondern den Inbegriff alles dessen, was der öffentlichen Wohlfahrt und Ordnung diente. (Siehe im einzelnen S.25)

Der Restbestand städtischer Rechte schien damit nur noch in dem Satzungs- und Beamtenrecht zu liegen.

Was das erstere anbelangt, so ist schon früher auf die rathäuslichen Reglements hingewiesen worden, die auch in diesem Punkt das königliche Vorrecht präjudizierten.

Zu dem Kernpunkt dieser Untersuchung, dem städtischen Amtsrecht, ist schließlich eine Vorbemerkung nötig:

Es ist in modernen Erörterungen über den Begriff des mittelbaren Beamten das Hauptproblem gewesen, ob derselbe sich durch die Art seiner Tätigkeit oder die Natur der ihn anstellenden oder besoldenden Behörde charakterisiere. Fehlerhaft wäre es, diese einem anderen Verfassungszustand entnommenen Unterscheidungen zu Kriterien des Beamtenrechts der absoluten preußischen Monarchie zu verwenden. Es ist grade

---

1) Neumärk. Kammergerichtsordnung v.17oo in CCM. "2 I Sp.24 Art.23. Die zweite Verordnung ist eine nur bei Schmoller zitierte Kammergerichtsordnung v. 17o9.

die Frage, ob überhaupt spezifische Aufgaben eines Hoheitsträgers "Gemeinde" zu versehen waren, ob die Gemeinde einen Beamten aus eigenem Recht anstellen konnte und ob die Stelle, von der er sein Gehalt bezog, Einfluß auf das Wesen des Beamten hatte. Die Antwort auf diese Fragen ist nur in den Rechtsideen zu suchen, auf die sich die Verfassung der preußischen Monarchie gründete.

Deren grundlegende Idee aber war die von der allumfassenden Gewalt der Staatssouveränität. Wenn irgendwo, so war sie in Preußen in generationenlangem Kampf mit den Ständen unter allmählicher Absorption aller Hoheitsrechte stabilisiert worden. Es hätte eine Annullierung dieses Ergebnisses bedeutet, wenn den Städten die Dienstgewalt über Personen belassen worden wäre, die die eben erst staatlich gewordene Hoheitsgewalt ausübten. Gleichgültig war es daher, wer die Anstellungsformalitäten vornahm; diese mußten als im Namen des Staates vorgenommen gelten. Daran kann es schließlich nichts ändern, daß die Besoldung aus Gemeindemitteln erfolgte. Es kann hier dahingestellt bleiben, wie die Gemeinde als Trägerin von Vermögensrechten zu konstruieren war. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang lediglich, daß der Gehaltsanspruch des Beamten nicht erst in der Zeit des A.L.R. als privatrechtlicher angesehen wurde, sondern dies war der Fall erst recht unter Friedrich Wilhelm I. Dies ergibt sich aus der Zuweisung der Gehaltsstreitigkeiten an die ordentlichen Gerichte und nicht an das Generalkriegskommissariat. (Schmoller S.540 über eine Instruktion v.7.3.1712)

Infolgedessen war die Gehaltsfrage für die Frage nach der Dienstgewalt über den Beamten unbeachtlich.

3.) Die Stellung der Rechtswissenschaft zur Zentralisation der Staatsgewalt.

Die Entwicklung, wie sie hier für Brandenburg - Preußen geschildert wurde, ist das Werk der Verwaltungspraxis gewesen, deren Träger ihr gutes Recht zur Überwindung der Städtefreiheit auf die Notwendigkeit der Zusammenfassung aller Kräfte des Staates inmitten einer feindlichen Umgebung stützten.

Die Rechtslehre folgte hierbei erst der Praxis. Zwar verfochten die preußischen Kronjuristen der Universität Halle schon zur Zeit Friedrich Wilhelms I. unter Strycks Leitung leidenschaftlich das Hoheitsrecht des Fürsten gegenüber den Städten. [1]

Nach ihrer Ansicht begründete die salus publica jedes Eingriffsrecht des Königs in die Freiheit der Städte. Aber außerhalb der preußischen Athmosphäre wurde das neue Verfassungsrecht doch nur langsam unter dem Druck der Tatsachen anerkannt. Bezeichnend ist dafür die Haltung eines der bekanntesten Wissenschaftler der Zeit : Strube unterscheidet in seiner Untersuchung "Von den Hoheitsrechten mittelbarer Städte" ("Nebenstunden" I S.401 ff.) zwischen solchen Städten, die sich ihre alten Rechte erhalten und solchen, die sie verloren hätten. Über letztere sagt er:

---

1) Es wird hier nach Schmoller "das Städtewesen unter Friedrich Wilhelm I" in der "Zeitschrift f.preuß. Geschichte" Bd.11 S.515 ff. zitiert, da die dort angegebene ältere Literatur nicht mehr zu erhalten war.

"Es ist überflüssig zu erörtern, ob solches alles (d.h. die Unterwerfung) mit Unrecht geschehen könne, wenn sich die Städte widersetzt hätten und ob man denjenigen nicht zuviel getan, die mit Gewalt der Waffen genötigt sind, in solche Regierungsveränderung zu willigen." Er kann also nicht umhin, die neue Verfassungslage festzustellen, benutzt aber konstruktiv immer noch den Vorbehalt ständischen Bewilligungsrechts, um der neuen Lage eine im herkömmlichen Sinn legale Deutung geben zu können. Dies wird noch deutlicher, wenn er den Zustand als den eigentlich rechtmäßigen schildert, in dem die Städte ihre Hoheitsrechte behalten haben (S.472 ff: Das Bündnisrecht, das Satzungsrecht, das Steuer- und Beamtenrecht).

Wie stark in der Wissenschaft die Vorstellung war, daß dies der rechtmäßige Zustand sei, zeigt sich schließlich daran, daß noch 1797 Häberlin in dem "Handbuch des teutschen Staatsrechts" dieselbe Unterscheidung wie Strube 60 Jahre vorher verwendet. Er stellt es in Bezug auf die ständische Verfassung, in die ja die Städte eingefügt waren, als gemeines deutsches Recht hin, daß die Stände ein ausschließliches Steuerbewilligungsrecht, ein Recht auf Mitwirkung an der Gesetzgebung, das Selbstversammlungsrecht und schließlich ein autonomes Beamtenernennungsrecht hätten (II S.43 - 55).

Wörtlich heißt es: "Aller Einfluß der Fürsten auf die Besetzung dieser Stellen ist gefährlich; und da auch eine jede Gemeinheit das Recht hat, sich einen Syndikus zu wählen, welcher keiner landesherrlichen Bestätigung bedarf, so ist nicht abzusehen, warum das Korpus der Landstände in diesem Punkt eingeschränktere Befugnisse haben sollte."

Wiederum hat erst Gönner (Teutsches Staatsrecht 1804) den Landständen ihren Hoheitscharakter allgemein abgesprochen (§ 252). Speziell hinsichtlich der Städte bezeichnet er es als selbstverständliches Attribut der landesherrlichen Gewalt, auf Zünfte, Magistrate und Gemeinden einwirken zu können.

Die Ansicht der älteren Rechtslehre ist indessen sehr aufschlußreich, weil sie im Widerstreit zu der tatsächlichen Rechtslage diejenigen Rechte besonders unterstrich, deren Besitz die Städte zu Hoheitsträgern gemacht hätte. Da sie am Ende der Regierungszeit Friedrich Wilhelms I. solche Rechte nicht mehr besaßen, konnten sie also auch nach der Zeitanschauung keinen Hoheitscharakter mehr haben.

Diese Verfassungslage ist in der Regierungszeit Friedrichs des Großen nicht verändert worden. Es sind lediglich an die Stelle einer verwirrenden Fülle von Einzelregelungen mehrere allgemeine Gesetze ergangen: Z.B. "Die allgemeine Polizeireuterordnung" vom 25.11.1754 und ein allgemeines Reglement über die Kompetenzabgrenzung zwischen den Gerichten und den Kriegs- und Domänenkammern v.19.6.1799 (Vergl. Schmoller S.543 und CCM. 2.1.762).

III. Der Begriff des mittelbaren Beamten nach dem A.L.R.

Eine Änderung in dem Verhältnis Staat - Gemeinde brachte auch das A.L.R. nicht. Es bezweckte, soweit es das Gemeinderecht anging, lediglich, die Grundzüge desselben zu vereinheitlichen. S.S.1o.

Ferner aber gab es eine theoretisch klare Grundkonstruktion der Gemeinde: Als privilegierte Korporation (1o8/II/8) gehörte sie zu dem Grundtypus der Gesellschaften des privaten Rechts.

Keine andere Konstruktion wäre auch - sofern man die Rechtssubjektivität der Gemeinde bestehen ließ - in der absoluten Monarchie möglich gewesen. Denn wenn sich alle Rechte und Pflichten des Staates in dem Staatsoberhaupt vereinigen sollen (1/II/13) und es innerhalb des Staatsgebiets Korporationen gibt, die eigene hoheitliche Rechte besitzen, so hat das Staatsoberhaupt de facto et de jure keine absolute Gewalt. Es sind überhaupt im absoluten Staat keine mit Hoheitsrechten ausgestatteten Zwischenglieder zwischen Staat und Individuum denkbar. Die gesetzliche Konstruktion der Gemeinde als Gesellschaft des privaten Rechts ist insofern der Schlußstrich unter die Beseitigung solcher im deutschen Staatsrecht besonders mannigfältig ausgebildeten Zwischenglieder.

Allerdings wurde der Gemeinde die Ausübung zahlreicher Hoheitsrechte übertragen, nämlich die Wahl des Magistrats, die Ausübung der Polizei und Justiz, die Festsetzung von Ortsstatuten.[1] Sie übte diese Rechte in ihrem Namen aus und wurde infolgedessen auch bei der Ausübung der Hoheitsrechte nicht zu einem Verwaltungsbezirk des Staates.

Jedoch ist diese Selbständigkeit der Gemeinde eine grundsätzlich andere als die des späteren liberalen Rechtsstaates: Auch in dem liberalen Kommunalrecht bezeichnete man die Gemeinderechte als vom Staat übertragen. Aber diese Übertragung betraf nicht nur die Ausübung sondern auch die Innehabung der Rechte, daher mußte sich die Staatsaufsicht auf die sogenannte Rechtsaufsicht beschränken und konnte nur dann eingreifen, wenn die Gemeinde das Recht verletzte, d.h. wenn sie sich nicht mehr in den Grenzen ihres Rechtes bewegte. De jure unmaßgeblich für die Handhabung der Staatsaufsicht waren die Staatsziele.

Grundsätzlich anders ist die landrechtliche Selbständigkeit der Gemeinde: Auch der § 49/II/6 spricht von der "Beilegung von Rechten und Vorzügen" durch den Staat; aber die Staatsaufsicht ist ungemessen und findet ihre Grenze nur an dem allgemeinen Staatszweck der Erhaltung von Ruhe, Sicherheit und Ordnung (§ 13/II/13),

---

1) A.L.R. §§ 13o/II/8, 132/II/8, 115 ff./II/8.

dessen Vorliegen nur der Staat selbst feststellt. Alle Spezialvorschriften [1] des Landrechts und der in Geltung gebliebenen älteren Gesetze können demnach nur Auswirkungen des unbeschränkten staatlichen Aufsichtsrechts gewesen sein.

Ein solches unbeschränktes Aufsichts- und Eingriffsrecht ist rechtlich nur dann möglich, wenn die Hoheitsgewalt dem Staat verblieben ist, weil andernfalls die Nichtstaatlichkeit des Rechts durch die Grenzenlosigkeit der Staatsaufsicht illusorisch gemacht würde. Die Wahrnehmung gewisser hoheitlicher Rechte ist also nur durch die Ausübungsübertragung zu erklären.

Erst in dieser Konstruktion gewinnt auch der § 69/II/1o Klarheit: Die Gemeinde, der staatliche Hoheitsrechte zur Ausübung verliehen sind, bedarf zu dieser Ausübung der Beamten, da nach den §§ 1-3/II/1o die Ausübung hoheitlicher Gewalt zu der ausschließlichen Befugnis der Beamten gehört. Weil aber die hoheitliche Gewalt immer nur Staatsgewalt ist, muß umgekehrt der von der Gemeinde Angestellte Staatsbeamter werden. Lediglich in seinen Vermögensansprüchen steht er in Rechtsbeziehungen zu der Gemeinde. Diese gelten nach der Zeitanschauung als private Rechte (s.S.9, 15); sie können daher auch gegenüber der Gemeinde als einem Subjekt des Privatrechts geltend gemacht werden.

Dieses Doppelgesicht des städtischen Beamten, der gleichzeitig Staatsdiener und Privatangestellter der Gemeinde ist, macht es rechtlich auch erst möglich, daß der Staat einem Privatrechtssubjekt Hoheitsrechte zur Ausübung überträgt, ohne daß jenes seinen privatrechtlichen Charakter verliert.

Der hier gegebene Konstruktionsversuch entspricht auch den Einzelregelungen des A.L.R. über die Rechtsstellung des mittelbaren Beamten:

Was die Beamtenanstellung anbelangt, so hatte die Gemeinde im Zweifel das Wahlrecht, und der Staat hatte sich nur die Bestätigung vorbehalten (§§ 121 - 125/II/8). Dieser Grundsatz wird nicht dadurch erschüttert, daß das Wahlrecht nur im Zweifel galt und daß ferner das Bestätigungsrecht oft so ausgedehnt war, daß es einer Ernennung gleichkam (Meier "Reform" S.75,76). Aber dieses Wahlrecht ist nichts anderes als die Ausübung des landesherrlichen Ämterverleihungsrechts (§ 7/II/13).

Was die Disziplinierung der städtischen Beamten betraf, so schwieg das Landrecht über die leichteren Dienststrafen. Es galt aber als selbstverständlich, daß die Konduitenlisten von den staatlichen Behörden geführt wurden (vergl. Schmoller S.547), und noch 1837 wird die staatliche Disziplinargewalt als geltendes Recht angesehen, das durch die Städteordnung von 1808 nicht berührt werde (vergl. Rescript

---

1) z.B.: Die Bestätigung der Magistratsmitglieder und Unterbeamten in §§ 123/II/8 und 16o/II/6. Die Genehmigung der Statute § 116/II/8; Genehmigung der Kommunalsteuern § 38/II/8; das allgemeine Prüfungsrecht über die zweckmäßige Verwendung des Kämmereivermögens nach § 15o/II/8; das umfassende Eingriffsrecht der Kriegs- u. Steuerräte nach der Instruktion von 1766 hinsichtlich der Polizei.
Vergl. insgesamt hierfür: Meier "Reform" S.94 ff.

des Min.d.Inn. vom 8.4.1837 bei Rönne-Simon [1] S.97).

Besonders deutlich wird dagegen die Geltung des allgemeinen Beamtenrechts bei der Frage der Dienstentlassung mittelbarer Beamter: Typisch ist schon die Stelle, an der dieser Punkt geregelt ist: Es ist dies nicht der das spezielle Gemeinderecht enthaltende 8. Titel des A.L.R., sondern der für alle "Korporationen" geltende 6. Titel. Bei diesem entscheidenden Punkt setzt also der Staat für alle Beamten gleiches Recht: § 171/II/6 "Weder die auf Lebenszeit noch die auf kürzere bestimmte Zeit angesetzten Vorsteher und Beamte können von der Korporation nach bloßer Willkür abgesetzt werden." § 172: "Der Staat aber kann sie aus eben den Gründen, aus denen Beamte überhaupt ihres Amtes verlustig gehen können, absetzen oder entlassen." Nicht nur die willkürliche Entlassung wird den Korporationen untersagt, sondern überhaupt eine unzeitige Entlassung: § 173 "Die Korporation hat nur das Recht, bemerkte Gründe dieser Art dem Staat zur Untersuchung anzuzeigen."

Damit aber hat der Staat über alle mittelbaren Beamten die gleiche Gewalt wie über die unmittelbaren Beamten: Bei der Ernennung hat zwar die Gemeinde noch wegen ihrer örtlichen Kenntnis das Initiativrecht, während sich der Staat gegen nicht genehme Vorschläge durch die Versagung der Bestätigung schützt. Die Entlassung aber hat er sich in vollem Umfang vorbehalten und beugt damit allen dem allgemeinen Beamtenrecht oder den politischen Zielen der Regierung entgegenlaufenden Manipulationen der Gemeinden vor.

Es findet sich im ganzen Landrecht nur eine Stelle, an der eine unterschiedliche Regelung des Rechts der mittelbaren und unmittelbaren Beamten stattgreift: Es handelt sich dabei um die nur für unmittelbare Beamte geltende Festsetzung eines privilegierten Gerichtsstandes. Der Grund dieser Sonderbestimmung liegt auf der Hand: Abgesehen von dem Wunsch, die höheren Aufsichtsbeamten einem ihrem Amt entsprechenden oberinstanzlichen Gerichtsstand zu unterstellen, sprach dafür die Zweckmäßigkeitsüberlegung, den häufig versetzten Verwaltungsbeamten auch in ihren Privatangelegenheiten den Vorzug überall gleicher rechtlicher Behandlung zu gewähren. (Vergl. § 108/II/10 A.L.R.)

Der mittelbare Beamtenbegriff des A.L.R. ist im Ergebnis eine klare und konsequente Ableitung aus dem Verfassungsverhältnis von Staat und Gemeinde: Da die Gemeinde kein Hoheitsträger mehr ist, kann auch der mittelbare Beamte nur Beamter des Staates und ausgestattet mit all den Rechten und Pflichten sein, die das Staatsamt als Institut des öffentlichen Rechts mit sich bringt. Daher unterwirft ihn dieses besondere Gewaltverhältnis den Weisungen der allein nach staatlichen Gesichtspunkten entscheidenden Oberbehörden, d.h. der commissarii loci und späteren Kriegs- und Domänenkammern. Weiterhin untersteht er dem ausschließlichen staatlichen Disziplinarrecht. Andererseits aber schützt ihn der staatshoheitliche Charakter des Amtes vor

---

1) Rönne-Simon: Verfassung und Verwaltung des preuß. Staates Teil IV.

jeder privaten Willkür.

Mittelbar ist seine Stellung deshalb, weil erstens seine Anstellung der Gemeinde als privater Gesellschaft übertragen ist, und zweitens, weil die unmittelbar aus seiner Arbeit Nutzen ziehende Gemeinde auch seine privatrechtlichen Vermögensansprüche befriedigen muß. Der erste Unterschied zu dem unmittelbaren Beamten ist nicht grundsätzlicher Art, da die Ernennung nicht ein eigenes Recht der Gemeinde ist, sondern von ihr als staatliches Recht kraft Auftrags ausgeübt wird. Der zweite Unterschied ist gleichfalls für den staatlichen Charakter des mittelbaren Amtes bedeutungslos, denn er führt lediglich die juristisch fingierte Trennung zwischen Hoheitsträger und Fiskus tatsächlich durch.

Der mittelbare Beamte des A.L.R. ist demnach staatlicher Beamter mit einem besonderen privatrechtlichen Schuldner für vermögensmäßige Ansprüche.

B) Der mittelbare Beamte nach den Städteordnungen von 1808 und 1831. [1]

I. Die Rechtsnatur der Städte nach der Reformgesetzgebung.

1.) Vorbemerkung.

In der Geschichte der kommunalen Selbstverwaltung nehmen die beiden preußischen Städteordnungen von 1808 und 1831 einen hervorragenden Platz ein. Die St.O. von 1808 gilt insbesondere als das Gesetz, das die Städte von der staatlichen Vormundschaft befreit habe.

Hugo Preuß feiert sie als das Gesetz, das "aus einer Menge zusammenwohnender, durch eine von ihnen völlig geschiedene, teils rudimentär patrimoniale, teils absolut staatliche Obrigkeit regierter Untertanen wiederum eine durch die publizistische Rechtseinheit des Gebiets körperschaftliche Genossenschaft" machte und in der die Gemeinden wieder zu "eigenen Organismen" und zu "Gesamtpersonen" des öffentlichen Rechts wurden. (Städt. Amtsrecht in Preußen S.30/4o) Grundsätzlich ebenso urteilt der älteste Rechtslehrer nach 1848, Zachariä (Deutsches Staats- und Bundesrecht III. Aufl. 1865 § 1o7).

Es muß gegenüber diesen Konstruktionen von vornherein bedenklich stimmen, daß während der ungefähr vierzigjährigen Geltung der St.O. die Literatur des öffentlichen Rechts wenig von dieser Struktur[illegible]ung des Verhältnisses von Staat - Gemeinde bemerkt hat. Wo in den bedeutenden [illegible]en der Zeit das Gemeinderecht behandelt wurde, legte man den entscheidenden [illegible]t auf die Tatsache, daß die Gemeinde das freie Bestimmungsrecht über ihr Vermögen erworben hatte; allenfalls wurden theoretische Bedenken gegen die Theorie des "mittelbaren Staatsgutes" laut (Perthes "Der Staatsdienst in Preußen" 1838 S.27).

Erst in den letzten Jahren vor der Revolution von 1848 begann die Wissenschaft von der Gemeinde als von einer "politischen Korporation" zu sprechen, ohne aber damit auch nur entfernt zu der "Gesamtperson des öffentlichen Rechts" zu gelangen. (E. Weiß "System des deutschen Staatsrechts" 1843 § 267. -- Dahlmann "Politik" 1847 Kap.1o)

Die Frage ist nicht die, ob die Gemeinden nach der St.O. eigenes Verfügungs- und Verwaltungsrecht über ihr Vermögen besaßen, und ob die Bürger ein Selbstbestimmungsrecht auf bestimmten Gebieten hatten. Beides stand nach der St.O. eindeutig fest, und soweit darin die neue Städtefreiheit gesehen wird, könnte nichts eingewandt werden. Das "jus minorum" (A.L.R. § 157/II/8) war durch die St.O. ebenso beseitigt wie die Ausschaltung der Bürger vom Gemeinderegiment.

Fraglich ist jedoch, ob durch diese Änderungen die Städte Hoheitsträger geworden sind und dadurch der Charakter des mittelbaren Beamtentums geändert wurde.

---

[1] Wichtigstes Quellenwerk: Rönne-Simon "Verfassung und Verwaltung des preuß. Staates" 4. Teil, Gemeindeverfassung 1843.

2.) Das Außenverhältnis zwischen Staat und Gemeinde.

Es sind nach den Städteordnungen im wesentlichen vier Hauptpunkte, die für eine Transformation des Kommunalrechts aus der Privatrechtssphäre in das öffentliche Recht sprechen:

1.)

Zunächst ist es bedeutsam, daß die Grundkonstruktion der Gemeinde als bürgerlich-rechtlicher Gesellschaft in den Städteordnungen nicht wiederkehrt. Allerdings ersetzen sie die privatrechtliche Gestaltung auch nicht durch eine öffentlich-rechtliche, sondern definieren die Gemeinde in farblosester Weise als die Summe ihrer Einwohner (St.O.§ 46; revid. St.O.§ 28). Es wird später zu zeigen sein, daß diese neutrale Fassung durchaus dem Sinn und Zweck der Städteordnung entsprach. An dieser Stelle ist es lediglich von Bedeutung, daß augenscheinlich bewußt die landrechtliche Anschauung aufgegeben ist. Das wird auch aus der Entstehungsgeschichte der ersten Städteordnung bestätigt, aus der sich ergibt, daß die St.O. nicht nur das landrechtliche Kommunalrecht in einigen Punkten verbessern, sondern dessen Grundlagen völlig verlassen wollte (Meier "Reform" S.3oo und 3o2).

2.)

Die positive Seite dieser Änderung zeigt sich in der Rechtsgestaltung des kommunalen Vertretungskörpers. Während dieser von dem A.L.R. als Versammlung privatrechtlich Bevollmächtigter konstruiert war, (§§ 114/II/8 i.V.m. 114 ff/II/6), betont die Städteordnung in feierlichster Form seinen öffentlich-rechtlichen Repräsentativcharakter: "Sie (d.h. die Stadtverordneten) bedürfen dazu weder einer besonderen Instruktion oder Vollmacht der Bürgerschaft, noch sind sie verpflichtet, derselben Rechenschaft über ihre Beschlüsse zu geben. Das Gesetz und ihre Wahl sind ihre Vollmacht, ihre Überzeugung und ihre Ansicht vom gemeinen Besten der Stadt ihre Instruktion, ihr Gewissen aber die Behörde, der sie deshalb Rechenschaft zu geben haben. Sie sind im vollsten Sinne Vertreter der ganzen Bürgerschaft...." (St.O.§ 11o).

3.)

Der letzte Sinn der St.O. lag in der politischen Aktivierung des einzelnen Bürgers. Dieser Zweck des Gesetzes fand seinen juristischen Ausdruck in der Veränderung des sachlichen Gehalts des Bürgerrechts: Dessen wesentlicher Inhalt war nach dem A.L.R. die Befugnis zum Betreiben typischer städtischer Gewerbe; und auch das Recht zur Wahl der städtischen Repräsentanten war nicht einmal, wie Meier ("Reform" S.313, 315) sagt, ein polischer Annex der privatrechtlichen Befugnisse, sondern, da die Bürgerschaft und ihre Vertretung privatrechtlich konstruiert war, auch nur ein privates Recht. Demgegenüber war das Wahlrecht der St.O. (§ 15) ein ausgesprochen öffentliches Recht. Dies ergibt sich aus der neuen Konstruktion der Stadtverordnetenversammlung (s.o.), sowie aus dem politischen Zweck der Städteordnung. In der ersten St.O. von 1808 war dieser Wandel noch etwas verdunkelt durch die neben dem Wahlrecht aufgestellten privatrechtlichen Wirkungen des Bürgerrechts (§ 15: Betreibung städtischer Gewerbe und Besitz von Grundstücken in der Stadt). Dagegen ist in der revi-

dierten St.O. von 1831 das Bürgerrecht zu einem ausschließlich politischen Recht geworden: Es erschöpft sich in dem Wahlrecht; die genannten privatrechtlichen Befugnisse stehen dagegen auch Einwohnern zu, die nicht Bürger sind. (§§ 11, 25, 26) 4.)

Schließlich wird der Gemeinde die selbständige Finanzgewalt gegeben. Dieser Punkt erscheint besonders wichtig, wenn man daran denkt, daß die Beseitigung der Städtefreiheit hier angesetzt hatte und daß zum Schluß der landrechtlichen Verfassung jede städtische Abgabe und jede Veränderung des städtischen Vermögens der staatlichen Genehmigung unterlag. Ein unverdächtiger Zeuge, der königliche Oberregierungsrat Streckfuß ("Die beiden preuß. Städteordnungen" 1841, S.13, 14) schildert diesen Zustand: "Ohne Erlaubnis der Behörde war es den Magistraten nicht erlaubt, ... irgendeine noch so notwendige Vorkehrung auf Kosten der Kämmerei treffen zu lassen, ... ja nicht einmal das Eigentumsrecht der Gemeinden an ihrem besonderen Vermögen wurde beachtet, und die Beispiele waren nicht selten, daß die Überschüsse der einen Kommune zum Besten der anderen verwendet wurden....."

Demgegenüber gab die St.O. der Bürgerschaft grundsätzlich - unbeachtet späterer Einschränkungen (s.S.25) nicht nur das unbeschränkte Verfügungsrecht über ihr gemeinsames Vermögen (§§ 52, 68 und 189) sondern auch ein unbeschränktes Steuerhebungsrecht (§§ 56, 134). Dasselbe stand lediglich unter der Auflage eines Verbotes der "Prägravation" Einzelner.

3.) Die "Mündigkeit" der Gemeinden.

Die Frage ist nun die, ob durch die vorstehend skizzierte Wandlung die Städte zu juristischen Personen des öffentlichen Rechts geworden sind. Man kann diese Frage nicht damit abtun, daß man sagt, der Begriff sei erst von Albrecht, d.h. 1837, [1] geprägt und erst von der Städteordnung von 1851 legislatorisch verwendet worden. Der feste Rechtsbegriff steht nicht am Anfang einer Rechtsentwicklung, sondern stellt in aller Regel den letzten formalen Ausdruck für einen allmählich entstandenen Rechtszustand dar.

Wenn Albrecht sagt, "wir denken uns heute den Staat als ein Gemeinwesen, eine Anstalt, die über den Einzelnen steht", so ist auch dies nicht die prophetische Voraussage eines künftigen Zustandes, sondern die letzte begriffliche Ausprägung einer bestehenden herrschenden Rechtsüberzeugung.

Es handelt sich also darum, ob die Gemeinde der St.O. ein von der juristischen Fiktion geschaffener, von der Summe ihrer Bürger streng unterschiedener Hoheitsträger gewesen ist, der eine den Umfang nach beschränktere, aber im Grundsatz gleiche Rechtsnatur wie der Staat selbst besaß. War dies der Fall, so mußte sich allein daraus schon ein völlig veränderter Inhalt des mittelbaren Beamtenbegriffs ergeben.

---

1) Vergl. Höhn: Der individualistische Staatsbegriff u.d. juristische Staatsperson S.221.

a) Die Prüfung der aufgeworfenen Frage wird sich angesichts des Mangels einer klaren Grundkonstruktion der St.O. zunächst auf die politischen Ziele des Gesetzgebers richten müssen. Es wird also in erster Linie auf die Gedanken des Freiherrn vom Stein zurückgegangen werden müssen. An der berühmten Stelle der Nassauer Denkschrift sagt er: "Wichtiger ist die Belebung des Gemeingeistes und Bürgersinns, die Benutzung der schlafenden und falsch geleiteten Kräfte, der zerstreut liegenden Kenntnisse, der Einklang zwischen dem Geist der Nation, ihren Ansichten und Bedürfnissen mit denen der Staatsbehörden, die Wiederbelebung der Gefühle für Vaterland, Selbständigkeit und Nationalehre. Der Formenkram und Dienstmechanismus der Kollegien wird durch Aufnahme von Menschen aus dem Gewirr des täglichen Lebens zertrümmert, und an seine Stelle tritt ein fest strebender und schaffender Geist." Genau dasselbe sagt Frey, der Verfasser des letzten Entwurfs der St.O. Nach ihm soll dieselbe "Interesse für das Gemeinwohl und den Reiz der öffentlichen Tätigkeit hervorrufen." (Meier "Reform" S. 262)

Es ist nirgends die Rede davon, die Verfassung des Staates dadurch grundlegend zu ändern, daß man in ihn neue Hoheitsträger hineinkonstruiert, sondern der Zweck war ausschließlich der, aus Untertanen Staatsbürger zu machen.

b) Keine andere Tendenz ist auch aus dem Gesetz selbst ersichtlich. Zwar wird im § 9o die Stadtgemeinde als "moralische Person" bezeichnet. Aber diese Formulierung stammt noch aus dem A.L.R. und kennzeichnete dort die private Rechtssubjektivität der Gemeinde.

Was die Definition in der St.O. bezeichnet, ist grade die Frage. Aus dem Gesetz zu beantworten ist die Frage nur dadurch, daß man den Aufgabenkreis der Gemeinde untersucht. Hierbei ist es nun auffällig, daß grade diejenigen Rechte, die nach der Zeitanschauung als Hoheitsrechte galten, der Verwaltung der Gemeinde entzogen wurden: Die städtische Gerichtsbarkeit wurde durch ein auf königlichen "Spezialbefehl" ergangenes Circularrescript vom 16.4.18o9 von der Gemeindeverwaltung abgetrennt und den neugebildeten Stadt- und Landgerichten übertragen. Ebenso wurde die Polizei durch die §§ 165, 166 St.O. dem Staat vorbehalten, der sie entweder selbst oder auftragsweise durch den Magistrat verwalten ließ.

Man muß sich grade der Bedeutung dieses Vorbehalts bewußt sein, denn Polizei war damals noch nicht derjenige Teil der Staatsverwaltung, dem die bloße Gefahrenabwehr oblag, sondern der allgemein "für die Beförderung des allgemeinen Wohls" zu sorgen hatte. Interessant ist in diesem Zusammenhang der damalige Kampf über das Wesen der Polizei: Nachdem die vorstehend angegebene Funktion der Polizei unangezweifelt vor dem Landrecht geherrscht hatte, beschränkte Pütter die Polizei auf die Gefahrenabwehr: "Supremae potestatis pars quae exercetur cura avertendi mala futura jus politiae. Promovendae salutis cura proprie non est politiae."
(Institutiones juris publici germanici § 331)

Ob diese Auffassung auch dem § 1o/11/17 A.L.R. zugrundelag, oder ob dieser nur die wichtigsten Aufgaben der Polizei bestimmen wollte (so Franks Handbuch des Verw. Rechts, Artikel "Polizei") kann hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls wurde auch der bloße Schein einer Begrenzung des Polizeibegriffs durch den § 3 der Verordnung vom 26.12.18o8 zerstört, der der Polizei die oben wiedergegebene umfassende Befugnis zuteilte. Allerdings wurden nach § 179 St.O. gewisse Gruppen der Wohlfahrtspolizei der städtischen Verwaltung unterstellt. Damit war aber nicht gesagt, daß die staatliche Polizei absolut inkompetent zur Entscheidung in diesen Fragen war. Vielmehr war sie insofern nur von der laufenden Verwaltung befreit. Soweit staatliche Gesichtspunkte in Frage standen, war die Polizei nach jener zugleich mit der St.O. erlassenen Verordnung zu Eingriffen befugt. (Vergl. auch die Äußerung von Frey bei Meier "Reform" S.31o)

Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Städteordnung wird also ohne den Zusammenhang mit dieser Verordnung überhaupt nicht klar.

Man war sich auch der Bedeutung der Herausnahme der Polizei aus der städtischen Verwaltung bei der Redaktion des Gesetzes völlig bewußt. Der Minister von Schrötter erklärte: "Die Städte sollen sich selbst wiedergegeben werden; sie sollen das wieder werden, was sie waren, res publicae, jedoch, wie sich von selbst versteht, ohne Landeshoheit, also Polizei und Justizgewalt, die lediglich vom Landesherrn abhängt." (Meier "Reform" S.3o8)

Den Städten entzogen und den Regierungen unterstellt wurden schließlich alle inneren Schulangelegenheiten. (St.O. § 179 b.i.V.m. den §§ 3, 5, 1o der Verordnung wegen verbesserter Einrichtungen der Prov. Pol.- und Finanzbehörden" vom 26.12.18o8)

Was schließlich die den Städten zuerkannte vermögensrechtliche Selbständigkeit anbelangt, so war diese zwar zunächst unbeschränkt. Hier lag das Kernstück der St.O.; das jus minorum der Städte war beseitigt, und das oft zitierte Wort von der Mündigkeit der Gemeinden hatte insofern einen exakten juristischen Sinn. Allerdings lag das Schwergewicht auf der selbständigen Verwaltung des privaten Vermögens (§§ 52 ff.); das kommunale Steuerwesen fand dagegen nur geringe Beachtung; lediglich die beiden §§ 56 und 57 sprechen davon.

Ernst Meier (Reform S.343) sagt, "man war sich der Tragweite der Kommunalbesteuerung damals überhaupt noch nicht bewußt, da die kommunale Finanzverwaltung in der Hauptsache noch immer eine Vermögensverwaltung war." Jedoch bestand im Grundsatz das städtische Steuerrecht, und dasselbe wurde auch durch die spätere Einführung staatlicher Genehmigung zu neuen Steuern nicht beseitigt. (Vergl. Abgaben-Gesetz v. 3o.5.182o § 13)

Es ist dabei aber zu bemerken, daß die Befugnis zur Abgabenerhebung als solche nicht ein Hoheitsrecht ist; anderenfalls trüge jeder Verein hoheitlichen Charakter.

Die Befugnis zur zwangsweisen Steuererhebung betrachten wir dagegen heute als einen Bestandteil der allgemeinen Staatshoheit; bis hierher hat es jedoch der staatsrechtlichen Entwicklung des ganzen 19. Jahrhunderts bedurft. Der preußische Staat zur Zeit der St.O. stand dagegen noch unter der allgemeinen verfassungsrechtlichen Geltung des A.L.R. Das Landrecht aber sagt im § 1/11/14: "Alle Arten der Staatseinkünfte, welche aus dem Besteuerungsrecht, aus dem besonderen Staatseigentum..... fließen, werden unter dem Namen des Fiskus einbegriffen." Das Besteuerungsrecht ist hiernach also noch ein Recht des Privatrechtssubjekts "Fiskus" (vergl. hierfür Koch, Kommentar zum A.L.R., Anm. 16 zu § 8o Einl.z.A.L.R. und preuß. C.O.v.4.12.1831).

Damit ist nun allerdings erwiesen, daß das Steuerrecht als solches für den Hoheitscharakter unmaßgeblich war.

Im Ergebnis hatte also die Gemeinde kein einziges Hoheitsrecht übertragen erhalten; vielmehr hatten nur die Bürger als Einzelpersonen gewisse politische Rechte erworben.

c) Die Erhebung der Gemeinden zu juristischen Personen des öffentlichen Rechts hätte auch in der damaligen allgemeinen Verfassungslage gar nicht erfolgen können. Es paßte zwar zu dem fiskalischen und hoheitlichen Doppelgesicht Preußens, daß des Königs Majestät in ihren Vermögensangelegenheiten vor den bürgerlichen Gerichten Recht suchen mußte; es war mit dem Gefüge dieses Staates auch durchaus vereinbar, wenn die Städte in ihren Vermögensangelegenheiten mündig erklärt wurden. Dagegen hätte die Überlassung von Majestätsrechten an autonome Körperschaften notwendig die Struktur dieser noch immer absoluten Monarchie verändern müssen. Eine solche Änderung aber war weder aus dem Gesetz zu ersehen, noch von dessen Urhebern beabsichtigt. Diese allgemeine verfassungsrechtliche Überlegung bestätigt also das Ergebnis der früheren Einzeluntersuchungen.

4.) Der Einbruch des politischen Liberalismus in das innere städtische Verfassungsrecht.

Sehr problematisch blieb längere Zeit die Frage nach dem Einfluß der französischen Revolutionsideen auf die preußischen Städteordnungen. Insbesondere hat E.v. Meier in seiner großen Untersuchung "Französische Einflüsse auf die Staats- und Rechtsentwicklung Preußens im 19. Jahrhundert" nachzuweisen versucht, daß gerade die Reformen des Freiherrn vom Stein nahezu unbeeinflußt von französischen Ideen gewesen sind. Dies ist sicher insofern richtig, als diese Ideen gradezu eine Vernichtung der städtischen Freiheiten hätten herbeiführen müssen. Denn erst in der französischen Revolution ist die Umwandlung der selbständigen Kommunen in staatliche Verwaltungsbezirke endgültig in Frankreich gelungen. (Vergl. darüber: Savigny in "Rankes historisch-politischer Zeitschrift" 1832 S.4o6 ff. und R.v.Gneist "Der Rechtsstaat", Kap. "Die Negation des Rechtsstaates in den französischen Verfassungen")

Eine ganz andere Frage ist die, ob die französischen Ideen auf die Konstruktion der politischen Bürgerrechte in der St.O. von Einfluß gewesen sind. In diesem Punkt kann allerdings die These Meiers als gescheitert angesehen werden. Ganz abgesehen von den pathetischen Wortlaut des § 11o St.O., der wie eine schlechte Übersetzung des Art.34 Sekt.I der französischen Verfassung von 1789 wirkt (vergl. Lehmann in "Preuß. Jahrbücher" 93, 499), ist ja doch der Grundsatz der Gesamtrepräsentation dem deutschen Kommunalrecht immer fremd gewesen. Gleichgültig, ob es sich um die autonomen Stadtstaaten des Mittelalters oder um die privatrechtlich konstruierte Gemeinde des A.L.R. handelte, immer war die deutsche Gemeindeverfassung aufgebaut auf den "Genossenschaften" der Stände, Zünfte, Geschlechter usw. Die Zerstörung dieser alten Bindungen und Gliederungen war ebensosehr das liberale Kennzeichen der französischen Revolution wie der St.O. von 1808. Aber das neue Prinzip der Gesamtrepräsentation war der politische Grundsatz eines neuen staatlichen Verfassungsrechts und kein spezifisches Merkmal der Gemeindeautonomie. Es ist für das Rechtsverhältnis der Gemeinde zum Staat an sich völlig gleichgültig, ob ihre Verfassung auf genossenschaftlicher oder gesamtrepräsentativer Grundlage beruht. Daher bedeutet es eine Verwechselung zweier voneinander völlig unabhängiger Gedanken, wenn man den Hoheitscharakter der Gemeinden aus dem politischen Wahlrecht ihrer Bürger ableitet. Diese Verwechselung konnte nur deshalb stattfinden, weil die Kommunalverfassung einstweilen die einzige Einbruchsstelle der liberalen Ideen in die preußische Verfassung bildete.

Als Resultat ist also für die preußische Kommunalverfassung von 1808-1851 festzustellen:

Die Gemeinde ist als "moralische Person" des Privatrechts mündig; Hoheitsträger ist sie jedoch nicht geworden. Dagegen hat die Bürgerschaft politische Rechte erhalten. Das für die Folgezeit Entscheidende dieses Vorganges liegt darin, daß ein ursprünglich nationales Motiv die Einführung fremder liberaler Gedanken in das deutsche Gemeindeverfassungsrecht bewirkte. Nicht eine "genossenschaftliche Gesamtperson des öffentlichen Rechts" (S.o. Hugo Preuß) war die Gemeinde der Städteordnung, sondern die Summe ihrer wahlberechtigten Bürger.

II. Der Einfluß der Städteordnungen auf das kommunale Beamtentum.

1.) Der Magistrat als Stadtobrigkeit.

Hugo Preuß behauptet, daß die St.O. zum ersten Mal in Deutschland den Beamten zum Organ einer öffentlichen Körperschaft, nämlich der Gemeinde erhoben habe, und daß deshalb das moderne Amtsrecht eigentlich auf dem kommunalen Amtsrecht beruhe. Diese These hängt von der Voraussetzung ab, daß die Gemeinde eine juristische Person des ö.R. gewesen sei. Da die Gemeinde diese Eigenschaft - wie vorher nachgewiesen wurde - nicht hatte, konnte der mittelbare Beamte auch nicht ihr Organ sein.

Andererseits konnte der Kommunalbeamte auch nicht mehr mittelbarer Beamter i. S. des Landrechts sein; denn einmal standen alle eigentlichen Hoheitsrechte der Gemeinde nicht einmal mehr zur Ausübung zu, und andererseits war in die nichthoheitliche, eigenstädtische Verwaltung durch die politischen Rechte der Bürger ein neues Element eingefügt worden, das zwangsläufig auch auf das mittelbare Beamtentum von Einfluß sein mußte.

Die Untersuchung über den neuen Inhalt des mittelbaren Beamtenbegriffs soll zunächst von der Stellung des Stadtmagistrats als der städtischen Spitzenbehörde ausgehen, bei der sich der Begriffswandel am schärfsten bemerkbar macht.

a) Der Magistrat ist nach § 17o St.O. die Obrigkeit der Gemeinde, deren Befehlen die Gemeinde unterworfen ist (§ 47).

Obrigkeit ist die prägnanteste Bezeichnung für das Unterworfensein eines Rechtssubjekts unter einen übergeordneten Rechtsträger.

Da nun Hoheitsrechte auch nach der St.O. nur dem Staat zukamen, konnte der Magistrat als Ortsobrigkeit nur Staatsbehörde sein und war als solche notwendig allen Einwohnern der Gemeinde übergeordnet. Die negative Seite dieser Rechtslage war die, daß die Gemeinde - als Summe der städtischen Einwohner - nicht Dienstherrin des Magistrats sein konnte. Das wird auch von einem Rescr. des Ministers des Innern vom 19.9.1834 (Rönne-Simon S.44o) als unzweifelhafte Rechtsfolge des § 17o hingestellt: "Es ergibt sich aber von selbst, daß die Korporation, welche den Befehlen einer obrigkeitlichen Behörde untergeben ist, und die keinerlei Dienstgewalt über die Behörde ausübt, nicht Dienstherrin derselben sein kann. Es ergibt sich ferner von selbst, daß um deswegen, weil der Staat den Kommunen gestattet hat, die Mitglieder der Obrigkeit selbst zu wählen resp. dem Staat zu präsentieren, die Kommune ebensowenig zum Dienstherrn ihrer Obrigkeit wird, als deswegen, weil sie durch ihre Repräsentanten einen gesetzlich abgemessenen Anteil an der Verwaltung nimmt."

b) Staatliche Behörde war der Magistrat insoweit, als er staatliche Hoheitsgewalt ausübte.

Diese bestand in der Hauptsache in der Ausübung der Polizeigewalt und der Wahrnehmung gewisser staatlicher Aufsichtsrechte.

Was die erstere anbelangt, so ist angesichts des Umfangs der damaligen Polizeigewalt zu beachten, daß der Magisirat den inneren sachlichen Charakter aller städtischen Vermögensanlagen, seien sie wirtschaftlicher oder kultureller Zielrichtung gewesen, nach staatlichen Belangen ausrichten konnte. Reichte diese Befugnis nicht zur Durchsetzung der staatlichen Bedürfnisse aus, und sie reichte oft nicht aus, da die Stadtverordnetenversammlung das erste Wort über die Anlage der städtischen Gelder zu sprechen hatte (§§ 52, 56, 68, 184) - so half das staatliche Aufsichtsrecht. Dies stand an sich den Regierungen und nicht dem Magistrat zu (Verordnung v.3o.4. 1815 §§ 13, 33, 38). Jedoch hatte der Magistrat nach § 184 bei Beschlüssen der Stadtverordneten die Möglichkeit des Rekurses an die Regierung. Die Motivierung des Rekurses mit "Bedenken hinsichtlich der Erreichung der Staatszwecke" zeigt, daß der Magistrat nicht nur als kommunale Gegenpartei zu den Stadtverordneten die Entscheidung eines neutralen Dritten anrufen konnte, sondern daß er bewußt in die staatliche Aufsichtstätigkeit eingeschaltet werden sollte. Immerhin aber war nach dem Gesetz unklar, inwieweit sich die Aufsichtsbefugnis auch auf Vermögensfragen erstreckte. An sich war in diesen die Stadtverordnetenversammlung völlig selbständig (s.o. die angezogenen Vorschriften) und daher schienen gemäß § 1 St.O. aufsichtsrechtliche Eingriffe unstatthaft. Der letzte Satz des § 184 schien daher nur Ausnahmecharakter zu haben und außerdem nur das Recht zum Hinweis auf Mißstände zu gewähren. Eine andere Rechtslage schuf jedoch die Verwaltung durch Heranziehung auch der §§ 17o, 47. Das klarste Bild dieser Fortentwicklung des Gesetzesrechts gibt ein Rescript des Ministeriums des Innern vom 18.4.1825: "Nach § 47 St.O. ist der Magistrat Vorsteher der Stadt. Daß die Stadtverordnetenversammlung, welche die Gemeinde vertritt, auch ihrerseits unter den Befehlen des Magistrats steht, soweit seine Kompetenz zum Befehlen reicht, und daß der Magistrat als Vorsteher und vollziehende Behörde berechtigt sein muß, auch diese Versammlung und ihren Vorsteher zu dem, was ihnen gesetzlich obliegt, anzuhalten, ergibt sich klar aus dieser Stelle..... Auch ist dieses Recht mit der übrigen Stellung des Magistrats zu den Stadtverordneten sehr wohl verträglich. Denn wenn der erstere auch in sehr vielen Fällen durch die Beschlüsse der letzteren gebunden ist, so kann doch dies nicht hindern, daß er als ausführende, für die öffentliche Ordnung verantwortliche Behörde das Recht haben muß, einen Beschluß, wo er notwendig ist, zu veranlassen und erforderlichenfalls durch Exekution zu erzwingen." [1]

---

1) Einige andere Rescripte behandeln konkrete Punkte der Staatsaufsicht; z.B. leiten sie aus § 184 § 1, 24, 153 der Allg.Ger.O. das Eingriffsrecht gegen unnötige Schuldverpflichtungen, aus dem § 165 das Recht zur Herabsetzung von Beamtengehältern und sogar zur kommissarischen Verwaltung der Städte ab (vergl. Rönne-Simon S.1o8, 469, 435, 436). Zwar behandeln diese Rescripte nur die Aufsichtsbefugnisse der Regierungen; da aber der Magistrat nach § 184 ebenfalls als Aufsichtsorgan tätig wurde, so sind die angeführten Beispiele auch für die Würdigung seines Einflusses bedeutsam.

Wichtig ist hierbei zweierlei:
1) Ungeachtet der kommunalen Selbständigkeit in Finanzfragen, deren genaueste Achtung übrigens von den zitierten Ministerialentscheidungen nachdrücklich gefordert wird, ergreift die Staatsaufsicht auch die Verwaltung des städtischen Vermögens; und zwar findet sie ihre Grenze auch erst an der Erhaltung der öffentlichen Ordnung, d.h. an dem allgemeinen Staatszweck im landrechtlichen Sinn. Eine Gesetzesaufsicht liberaler Art besteht tatsächlich nicht.

2) Die lokale Aufsichtsbehörde ist der Magistrat.

c) War nun der Magistrat als Ortsobrigkeit staatliche Behörde, so mußten für seine Angehörigen auch die wesentlichsten Normen des staatlichen Beamtenrechts Platz greifen. Die Magistratsmitglieder mußten also
1.) der Befehlsgewalt vorgeordneter staatlicher Behörden und
2.) dem staatlichen Disziplinarrecht unterliegen.
Beides war der Fall:
§ 166 bestimmt: "So wie die besonderen Polizeibehörden, welche in den Städten angeordnet werden, unter den oberen Polizeibehörden stehen, so steht auch der Magistrat, welcher die Polizei vermöge Auftrags erhält, unter diesen höheren Behörden rücksichtlich alles dessen, was auf die Polizeiausübung Bezug hat. Die Magistrate werden in dieser Hinsicht als Behörden des Staates betrachtet."

Ebenso selbstverständlich wie dieser Satz eine Auswirkung der vorbehaltenen Polizeihoheit des Staates ist, muß aber auch der Magistrat in den Fällen, in denen er die staatliche Aufsicht ausübt, der höheren Staatsbehörde unterstehen. Daher faßt auch der Sprachgebrauch der Verwaltungspraxis den Magistrat ganz allgemein als eine der höheren Staatsbehörde untergeordnete Behörde auf (vergl. unter vielen anderen bei Rönne-Simon das Rescript des Min.d.Inn.v.2o.4.1842) und insbesondere wurde durch C.O. vom 5.11.1833 gegenüber einer älteren Eidesformel ausdrücklich von den Magistratsmitgliedern die Verpflichtung zum Gehorsam gegenüber den Vorgesetzten gefordert (Preuß.Ges.S.1833 S.291).

Was das Disziplinarrecht anbelangte, so war die gleichmäßige Anwendung der A. C.O. "betreffend das Verfahren bei auf administrativem Wege erfolgenden Dienstentlassungen" vom 21.2.1823 auf unmittelbare und mittelbare Beamte allgemein anerkannt (vergl. Rescr. des Min.d.Inn. vom 24.3.1828 und 8.4.1837 bei Rönne-Simon S.97 und 593,594).

In der späteren Rechtslehre wurde der Versuch gemacht, die Anwendung des staatlichen Disziplinarrechts auf Kommunalbeamte konstruktiv damit zu erklären, daß die Disziplinierung eigentlich nur ein Anwendungsfall der staatlichen Gesetzesaufsicht sei; denn jeder Disziplinarfall bedeute sachlich die Gesetzesübertretung eines kommunalen Organs und begründe damit das staatliche Einschreiten. [1] Für den mittelbaren

---

1) Vergl. Peters "Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung" S.135.

Beamten der St.O. kann von einer solchen Konstruktion jedenfalls nicht die Rede sein. Denn der Magistrat war, wie oben nachgewiesen wurde, kein Organ der Gemeinde, das Gesetze übertreten konnte, die die Gemeindetätigkeit abgrenzten. Daher sagt das Ministerialrescript vom 8.4.1837 (bei Rönne-Simon S.97), daß bei Disziplinarangelegenheiten die durch die St.O. eingeführte größere Selbständigkeit der Städte gar nicht in Frage kommt".

d) Der Nachweis, daß dem Magistrat die Ausübung hoheitlicher Gewalt nur als staatlicher Behörde zukam, wird auch nicht durch den § 2o5 der St.O. erschüttert. Hugo Preuß sieht in dieser Vorschrift die wichtigste Stütze für die Theorie des Kommunalorgans. Nach seiner Ansicht verwirklicht der § 2o5 zum ersten Mal das ö.r. "Recht auf das Amt", und zwar nicht nur hinsichtlich der vermögensmäßigen Auswirkungen, sondern ausgesprochenerweise auch hinsichtlich der hoheitlichen Befugnisse desselben. (Städt. Amtsrecht S.5o ff.)

Der § 2o5 bestimmt: "Wem einmal ein öffentliches Stadtamt auf bestimmte oder auf Lebenszeit übertragen ist, dem kann es vor Ablauf dieser Zeit in der Regel nur dann von der Behörde wieder entzogen werden, wenn derselbe wegen Vergehen oder schlechter Aufführung vom Stimmrecht ausgeschlossen werden muß, oder Ursachen obwalten, weshalb Staatsdiener ihrer Posten entsetzt werden können."

Zunächst muß es auffallen, daß diese Vorschrift von "Behörde" spricht. Hätte der Beamte ein organschaftliches Recht auf das Amt gehabt, so hätte dies doch nur gegenüber der Gemeinde bestehen können (sofern sie - wie Preuß behauptet - Hoheitsträger gewesen wäre) denn gegenüber der höheren Staatsbehörde war er ja - wie Preuß sagt - mediatisiert. (Städt. Amtsrecht S.137 ff.)

"Behörde" ist aber nach dem Sprachgebrauch der St.O. immer nur die Regierung, nie die Stadtverordnetenversammlung - von der im § 2o6 die Rede ist - und nie der Magistrat, der stets als solcher bezeichnet wird. Tatsächlich aber gab der § 2o5 kein Recht auf eine Organstellung, sondern der einzige Sinn dieser Vorschrift lag darin, daß sie in einem Befehl an die Regierungen das staatliche Disziplinarrecht in die Städteordnung einfügte und zugleich die Kontinuierlichkeit der Kommunalverwaltung erhalten wollte. Gerade dieser letzte Punkt, dessen Beachtung ein entscheidendes staatliches Interesse erforderte, hatte in den Vorarbeiten zur St.O. eine bedeutungsvolle Rolle gespielt (vergl. Meier "Reform" S.331 ff. und Streckfuß "Die beiden preuß. Stadtverordnungen" S.51 ff.). Von einem Recht auf das Amt war dagegen nie die Rede. Die Preußsche Theorie ist lediglich eine spätere Zweckkonstruktion.

2.) Der Magistrat als Stadtregierung.

1) Der Magistrat der St.O. war nicht nur Ortsobrigkeit, sondern auch die zur Ausführung der Stadtverordnetenbeschlüsse zuständige Behörde (§§ 127, 174 St.O. und § 1o7 revid. St.O.).

Die Eigenart dieser Stellung ergibt sich aus der Einführung des demokratischen Wahl- und Mitbestimmungsrechts der Bürgerschaft in das preußische Gemeinderecht. Soweit das letztere reichte, hatte die St.O. eine Unzahl kleiner Stadtvölker mit demokratisch-republikanischer Verfassung geschaffen. Die gesetzgebende Gewalt, der insbesondere auch die Geldbewilligung und die Verwaltungskontrolle zustand (§§ 109, 183 St.O.), gebührte der Stadtverordnetenversammlung. Die ausführende Gewalt besaß der von den Stadtverordneten gewählte Magistrat.

Der entscheidende Unterschied zu einer wirklichen Staatsverfassung bestand darin, daß die Stadtverfassungen keine Bestimmungen über eigentliche Hoheitsaufgaben treffen konnten (S.o. und die Aufzählung der einzelnen Magistratsgeschäfte in den §§ 178, 179 St.O.)

2) Dennoch hatte der Magistrat in der Eigenschaft der ausführenden Behörde nicht nur den Charakter des Vorstandes einer bürgerlichen Gesellschaft, wie es nach dem A.L.R. der Fall war. Der ausgesprochen öffentliche Charakter der Gemeindewahlen und der Stadtverordnetenversammlung mußte notwendig eine Reflexwirkung auf die Rechtsnatur der städtischen Aufgaben haben. Damit aber erhielt auch die Magistratur als Exekutive des Volkswillens ein öffentlich-rechtliches Aussehen. Sie wurde zwar nicht Organ einer juristischen Person des ö.R., aber sie erhob sich zur Regierung des Stadtvolkes. (Vergl. den präzis formulierten Unterschied im § 84 der rev. St.O., in dem von dem Magistrat als a) Verwalter der Gemeindeangelegenheiten
und b) Organ der Staatsgewalt
gesprochen wird.)

In diesem Sinn ist es zu verstehen, wenn die St.O. von öffentlichen Stadtämtern redet (§§ 191 ff. St.O.). Öffentliches Amt war also die Magistratur nicht deshalb, weil die Stadt Hoheitsrechte besessen hätte, sondern weil der mittelbare Beamte zu einem Exekutivorgan des Stadtvolkes geworden war.

3) Die Doppelnatur des Magistrats findet auch im Wortlaut der Städteordnungen Ausdruck. Die ältere St.O. deutet sie offen allerdings nur im § 166 an. In der Folgezeit aber wurde dann auch der staatliche Charakter des Disziplinarrechts, des inneren Schulrechts und des magistratlichen Dienstaufsichtsrechts im Verordnungs- und Verwaltungswege scharf herausgearbeitet, so daß die rev. St.O. von 1831 im § 84 allgemein die Doppelstellung des Magistrats festlegen konnte.

Dieses Doppelgesicht tragen grundsätzlich alle städtischen Ämter. Sie unterscheiden sich nur insofern vom Magistrat, als bei ihnen eine Trennung in zwei Gruppen zu bemerken ist, deren eine den staatlichen und die andere den städtischen Charakter stärker betont.

Die erste Gruppe besteht aus den städtischen Verwaltungsbeamten; der § 157 St.O. nennt sie Magistratsunterbediente. Es handelt sich bei ihnen nicht etwa, wie die

technische Bezeichnung anzudeuten scheint, um Beamte mit staatlichem Aufgabenkreis, sondern um Beamte, die alle Geschäfte des Magistrats - also staatliche und städtische - zu besorgen haben. (Vergl. die Beispiele bei Rönne-Simon zu § 157) Insofern sind sie also auch Inhaber eines öffentlichen Stadtamtes. Sie sind aber von den Stadtverordneten dadurch unabhängiger, daß sie grundsätzlich auf Lebenszeit angestellt und nicht von den Stadtverordneten sondern vom Magistrat bestellt werden. Die Stadtverordneten können dabei nur Gravamina erheben; später brauchen sie nur gehört zu werden; das Entscheidungsrecht steht dann der Regierung zu. (Revid. St.O. § 96 und Anmerkung dazu bei Rönne-Simon) Im übrigen aber haben die Magistratsunterbedienten, wie schon aus dieser Bezeichnung hervorgeht, denselben Rechtscharakter wie die Magistratsmitglieder selbst.

Die andere Gruppe besteht vornehmlich aus den Stadtverordnetenvorstehern und den bürgerschaftlichen Mitgliedern der Verwaltungsdeputationen. (Vergl. Rönne-Simon zu § 206.) Es sind also die außer dem Magistrat zu unmittelbaren Organen des Stadtvolkes bestellten Inhaber von Stadtämtern. Als solche haben sie mit Staatshoheitsaufgaben nichts zu tun. Infolgedessen sind sie in ihrer Amtstätigkeit der staatlichen Anweisung nicht unterworfen.

Allerdings unterliegen auch sie noch dem staatlichen Disziplinarrecht; es zeigt sich dann wiederum, daß der Staat nicht daran dachte, irgendwelche Hoheitsrechte aus der Hand zu geben. Aber er trug der aufgabenmäßig nichtstaatlichen Stellung dieser Amtsinhaber dadurch Rechnung, daß ihre Entlassung nicht nur aus den üblichen disziplinarischen Gründen, sondern auch dann erfolgen mußte, wenn die Stadtverordneten es verlangten (vergl. § 206 St.O. und Rönne-Simon dazu).

3.) Die Lösung des mittelbaren Beamten aus dem staatlichen Beamtenkörper.

In Ergebnis hat die Städteordnung in das geschlossene, hierarchische Gefüge des preußischen Beamtentums ein fremdes Element eingefügt. Zwar blieb der mittelbare Beamte ein allen Beamtenpflichten unterstehendes Glied des großen Staatsapparats und wurde während der Geltung der St.O. auch hinsichtlich wichtiger subjektiver Rechte, die ihm nicht schon durch die St.O. gewährt waren, dem Recht der unmittelbaren Beamten angeglichen. [1]

Unterschiede bestanden nur darin, daß für sie nicht der eximierte Gerichtsstand galt (vergl. S.19 und § 108/II/10 ALR.) und ihre Vermögensansprüche sich gegen die "moralische Person" der Gemeinde richteten. Beides aber war, wie früher nachgewiesen wurde, für die Rechtsnatur des mittelbaren Beamten belanglos.

Gleichzeitig aber war der mittelbare Beamte auch Exekutivorgan des Stadtvolkes. Er war insofern ohne eigentlichen Dienstherrn, aber tatsächlich durch das Geldbewilligungsrecht der Stadtverordnetenversammlung in seiner Handlungsfreiheit weitgehend gebunden.

---

1) z.B. Gleichstellung in steuerlicher Hinsicht: Gesetz über die Heranziehung der Staatsdiener zu den Gemeindelasten v.11.7.1822 und hierzu ergangene Cab.Order v.14.5.1832.

Es ist verständlich, daß dieser Zustand dauernde Reibungen hervorrufen mußte. Denn einerseits war die Abhängigkeit von demokratischen Mehrheitsbeschlüssen mit dem Wesen des monarchischen Beamtentums unverträglich und andererseits war für den Magistrat die Pufferstellung zwischen den letztlich mit unbeschränkten Eingriffsbefugnissen ausgestatteten Aufsichtsbehörden und der zu ebenso unbeschränkter Geldverweigerung befugten Stadtverordnetenversammlung kaum haltbar. Daran änderte auch die revidierte Städteordnung grundsätzlich nichts. Sie gar nur dem Magistrat ein umfangreicheres aufschiebendes Einspruchsrecht und den Aufsichtsbehörden in einigen Fällen ein Vetorecht gegen Geldbewilligungsbeschlüsse der Stadtverordneten. Ein Gegengewicht gegen das Geldverweigerungsrecht der Stadtverordneten brachte auch sie nicht. Infolgedessen mußte so im kleinen ein dauerndes Vorbild des Bismarckschen Verfassungskonflikts entstehen. (Vergl. die Beispiele zahlloser Konflikte zwischen Aufsichtsbehörden, Magistraten, Stadtverordneten bei Rönne-Simon zu den einschlägigen Kapiteln).

Die Lösung dieses latent immer vorhandenen Konfliktszustandes brachte die konstitutionelle Gesamtverfassung Preußens, in deren Zuge dann auch die Gemeinde zur juristischen Person des öffentlichen Rechts werden konnte. Damit wurde auch die Rechtsnatur des mittelbaren Beamten sowohl in seiner Stellung zur Gemeinde (Organ derselben) als auch zum Staat (mußbare Aufsicht) wiederum grundlegend gewandelt.

Im Vergleich zum A.L.R. hat die St.O. nicht etwa die gesunde Fortentwicklung schon im Keim vorhandener Rechtsideen (vergl. Meier Französ. Einflüsse, Bd.II Einleitung und S.194 ff.) gebracht, sondern dem mittelbaren Beamtenbegriff einen grundsätzlich neuen Inhalt gegeben. Während sich der mittelbare Beamte vorher nur in seinen privatrechtlichen Vermögensansprüchen von dem unmittelbaren Beamten unterschied, war er jetzt zum Träger der demokratisch-konstitutionellen Verfassungsideen und damit zum Fremdkörper in dem preußischen Beamtentum geworden.

C) Der mittelbare Beamte des liberalen Staatsrechts seit 1848.

I. Die Selbstverwaltung und der Begriff des mittelbaren Beamten in der Frankfurter Verfassung und den preußischen Städteordnungen von 1850 und 1853.

Die Revolutionsbewegung von 1848 warf auch die Probleme des deutschen Gemeindeverfassungslebens wieder auf. Zwar hatte es der junge Liberalismus nicht nötig, für die interne Kommunalverfassung seine Wünsche geltend zu machen; denn er fand in dieser bereits alle wesentlichen Elemente seiner politischen und staatsrechtlichen Forderungen verwirklicht, dagegen brachte er nun ein grundsätzlich neues Moment in das Verhältnis der Gemeinde zum Staat: in der Frankfurter "Reichsverfassung" wurden einige Grundsätze der künftigen Gemeindeverfassung in den Abschnitt der "Grundrechte" aufgenommen. Vergegenwärtigt man sich, daß damals der Begriff des Grundrechts noch unstreitig die Bedeutung eines vor- und überstaatlichen Freiheitsrechts besaß, so ergibt sich daraus, daß nun der Gemeinde eine gewisse, eindeutig staatsfreie Sphäre beigelegt wurde, ein politisch und rechtlich umstürzender Anschauungswandel. Diese Wendung büßte in ihrer prinzipiellen Bedeutung dadurch nichts ein, daß nur ganz wenige Punkte des Gemeinderechts in die Verfassung Aufnahme fanden. Es waren dies lediglich: freie Wahl des Gemeindevorstehers, selbständige Verwaltung der Ortsangelegenheiten mit Einschluß der Polizei unter gesetzlich geordneter Staatsaufsicht, Veröffentlichung des Gemeindehaushalts und Öffentlichkeit der Gemeindeverhandlungen (§ 184). Zwar mag der geistige Ausgangspunkt dieser Forderungen noch immer das Bestreben nach Sicherung der Individualfreiheit gewesen sein. Nicht nur der Grundsatz der Öffentlichkeit der Gemeindeverhandlungen und der Veröffentlichung des Gemeindehaushalts deuten darauf hin, sondern auch die Überführung der Polizei in die Gemeindegewalt wird der liberalen Bewegung in hohem Maße als ein Mittel zur Sicherung des Einzelnen gegen polizeiliche Übergriffe in dessen Rechte erschienen sein. Denn wenn die Polizei von gewählten Bürgern ausgeübt worden wäre, die außerdem jederzeit auch von den übrigen Bürgern hätten kontrolliert werden können, so hätte hierin die denkbar größte Sicherung gegen die Polizeigewalt liegen müssen. Allein in dieser nicht grundsätzlich neuen, sondern nur weiter gespannten Methode der Sicherung des Individuums erschöpft sich die Bedeutung der Gemeindevorschriften der Frankfurter Verfassung nicht. Das hierüber hinausgehende Postulat nach Gemeindegrundrechten wurde bereits gewürdigt. Dessen wesentliche praktische Auswirkung ergibt der Grundsatz, daß der Gemeinde die selbständige Verwaltung ihrer Ortsangelegenheiten unter gesetzlich geordneter Staatsaufsicht zukomme. Es wird also hier erstmalig ein allumfassender Wirkungskreis der Gemeinde für die Fragen festgelegt, die örtlicher Natur sind. Mit der Beschränkung auf ihrer Art nach privatrechtliche Gebiete wird somit gebrochen, wie dies im übrigen die Erwähnung der Polizei nur noch verdeutlicht. Sodann ist von entscheidender Bedeutung die Forderung nach der gesetzlichen Ordnung der Staatsaufsicht. Gesetzliche Ordnung bedeutet Ausschluß der Generalermächtigung zu ermessensfreien Eingriffen nach allgemeinen Staatsrücksichten. Es ist früher nachgewiesen

worden, daß eine solche Beschränkung der Staatsbefugnisse vorher weder rechtlich noch tatsächlich bestanden hat, noch auch in der absoluten Monarchie hätte stehen können. Wenn sie jetzt gefordert wurde, so bedeutet dies nichts anderes, als die Schaffung freier, vom Staat in gewissen Beziehungen unabhängiger Gesamtverbände des öffentlichen Rechts. Allerdings wird deren Eingliederung in den umfassenderen Staatsverband nicht aufgehoben, aber ebenso wie die Einzelperson, haben sie ihre vom Staat nicht abgeleiteten und daher grundsätzlich auch durch Gesetz nicht antastbaren Grundrechte; und ebenso, wie die Einzelperson vom Staat nicht "verwaltet" werden kann, sondern nur an der Verletzung der allgemeinen Gesetze verhindert werden muß, können auch diese Gesamtpersönlichkeiten nur zur Gesetzesbefolgung angehalten werden. Im übrigen aber sind sie staatsfrei. Es ist in diesem Zusammenhang von Wert, sich vor Augen zu halten, daß in den Frankfurter Programmsätzen wiederum die alten deutschrechtlichen Gedanken von der Totalität des örtlichen Wirkungskreises der Gemeinde und ihrem Charakter als eines einheitlichen Gesamtverbandes, den man Genossenschaft, Gemeinschaft oder Gesamtpersönlichkeit nennen mag, mit liberalen Sätzen überdeckt und verkoppelt worden sind. Jene deutschen Rechtsideen sind als solche völlig unabhängig von dem Grundsatz der Staatsbeschränkung durch bloße Gesetzesaufsicht. Sie sind Auswirkungen der deutschen Rechtsvorstellung, der Einzelne, die Gemeinde, die Stände usw. seien naturgewachsene organische Glieder eines größeren Ganzen, deren natürlich Funktionen und Aufgaben nicht ohne Gefahr für das Ganze verkümmert werden dürfen. Die Gesetzesaufsicht ist dagegen nur ein Mittel zur Durchführung der liberalen Individualfreiheit und ihrer Grundrechte. Dieser Unterschied ist auch von Juristen verkannt worden, die sich - wie Otto von Gierke - gerade um die Herausarbeitung der deutschrechtlichen Genossenschaftsidee mit so großem Erfolg bemüht haben.

Es liegt nun auf der Hand, daß bei Durchführung der Frankfurter Forderungen auch der Begriff des mittelbaren Beamten einen grundsätzlich anderen Inhalt erhalten mußte. Angedeutet wird das bereits in der Forderung nach der freien Wahl der Gemeindevorsteher. Es ist nicht bekannt, ob damit auch der radikalen liberalen Richtung gefolgt und sogar die staatliche Bestätigung abgelehnt werden sollte. Es ist dies wahrscheinlich, da das Wahlprinzip als solches bereits in weitem Umfang galt. Jedenfalls aber mußte der Gemeindebeamte notwendig dann, wenn die Gemeinde selbständige, vom Staat nicht abgeleitete Rechtssubjektivität erhielt, aus dem allgemeinen Beamtenkörper ausscheiden. Er konnte nicht nur "Verwalter städtischer Angelegenheiten" (s.o.S.32) bleiben, sondern mußte "Organ" des Hoheitsträgers Gemeinde werden. Seine sachliche Aufgabe hätte nicht mehr darin bestanden, überall da den allgemeinen Staatsinteressen zu dienen, wohin ihn der Staat im Augenblick stellte, sondern er hätte ausschließlich und während seiner ganzen Amtsdauer die Gemeindezwecke durchzusetzen gehabt. Praktisch ergänzt und rechtlich genau abgegrenzt wird diese Lösung aus dem allgemeinen Beamtenkörper wiederum durch die Forderung nach bloßer Gesetzesaufsicht: Das in der staatlichen Amtshierarchie geltende Anweisungsprinzip entfällt hiernach

für ihn grundsätzlich; an ihn kann ein staatlicher Vorgesetzter demnach nicht mehr nach freiem Ermessen verfügen, sondern die Gemeinde als solche kann nur noch zur Befolgung der Gesetze aufgefordert werden.

Der mittelbare Beamte erhält sodann seine Befehle nicht mehr vom Staat, sondern von der Gemeinde. Ob diese unausweichlichen beamtenrechtlichen Konsequenten dem Bewußtsein der damaligen liberalen Rechtslehre und Politik geläufig waren, ist nicht bekannt und kaum anzunehmen. Zum Beispiel wurde 1850 in der Disziplinarkommission der preußischen zweiten Kammer die Regierung zu einer Erklärung des mittelbaren Beamtenbegriffs aufgefordert. Ihre Antwort ist bezeichnend für die Unklarheit der Rechtsanschauung über diesen Begriff (zitiert in OVG 75, 445 ff.). Es wird offen zugegeben, daß der Begriff nicht präzis bestimmbar sei; festgehalten wird jedoch daran, daß alle diejenigen, die Regierungsgewalt ausüben, "im weitesten Sinne Staatsdiener seien, da jede Regierungsgewalt vom Staat ausgehe. Jedoch "überlasse" der Staat die Kostenaufbringung und "in mehr oder minder ausgedehnten Maß auch die Selbstverwaltung" den Korporationen für solche Angelegenheiten, die deren Interessen besonders nahe berühren. Staatsdiener, die von solchen Korporationen und nicht unmittelbar vom König angestellt würden, oder auch solche, die hauptsächlich Korporationsinteressen wahrzunehmen hätten, seien mittelbare Beamte. Man sieht, daß die hergebrachte landrechtliche Anschauung sich als Unterton in der Regierungserklärung erhalten hat. Die Regierung hielt es jedoch für angezeigt, ihre Überzeugung von der des landrechtlichen Gesetzgebers sorgfältig zu distanzieren. Sie stellt daher dem landrechtlichen Grundsatz, daß alle öffentlichen Angelegenheiten Staatssache seien, den vorsichtig formulierten Satz gegenüber, daß es auch besondere Interessen der Korporationen gebe, deren Selbstverwaltung man diesen "in mehr oder minder weitem Umfange" überlasse. Damit erreichte es das Ministerium, daß seine Erläuterung von der Kammer unbeanstandet hingenommen wurde. Dieser selbst, wie dem ganzen Liberalismus waren also die beamtenrechtlichen Konsequenzen ihrer kommunalpolitischen Forderungen nicht in ihrer ganzen Tragweite bewußt. Daß sie jedoch in dem oben gezeigten Umfange bald erkannt und herausgestellt werden würden, mußte die folgerichtige Fortentwicklung der Frankfurter Programmsätze ergeben. (Siehe unten die Darstellung der späteren Rechtslehre). Eine klarere Vorstellung über die Dinge besaß sicher die Regierung; denn anderenfalls hätte sie nie die Reservestellung bezogen, die in der Formel vom "Staatsdiener in weitesten Sinne" lag. Eine solche Erklärung wäre jedenfalls vor 1848 nie abgegeben worden.

Wie schnell sich gerade die beamtenrechtlichen Konsequenzen ergaben, zeigt die preußische Gemeindeordnung von 1850. [1] Neben der Einführung des ausschließlich der liberalen Anschauungswelt des Besitzbürgertums [2] entnommenen Dreiklassenwahlrechts bringt sie in Verbindung mit der Verordnung vom 11.3.1850 die Neuregelung der Kommunalaufsicht. Diese wurde den staatlichen Behörden entzogen und gewissen Organen,

1) Pr.Ges.Samml.1850 S.213

2) Vergl. hierüber: Schön, "Das Recht der Kommunalverbände in Preußen" 1897 § 9.

nämlich Kreisausschüssen und Bezirksräten, übertragen, die aus Wahlen der Gemeinden hervorgehen und nur unter dem Vorsitz eines königlichen Beamter stehen sollten. Von einer "Staatsaufsicht" kann man also hier auch nur "im weitesten Sinne" sprechen; für die Gemeindebeamten ergab jedenfalls diese Neuordnung eine klare Absonderung aus der staatlichen Amtshierarchie: die Zugehörigkeit zu dieser entfiel auch schon äußerlich, wenn sogar eine durch die Gemeinde vermittelte staatliche Anweisungsbefugnis nicht mehr bestand. Es liegt auf der Hand, daß bei einer so scharfen Unterscheidung des mittelbaren Beamten von den unmittelbaren Beamten sehr bald auch die letzte beamtenrechtliche Bindung an den Staat, nämlich die durch die staatliche Disziplinargewalt würde fallen müssen. Der nach einer anders verlaufenen Entwicklung vom OVG (49, 415) geprägte Rechtsgrundsatz, die Disziplinargewalt auch über die mittelbaren Beamten sei ein Ausfluß aus der einheitlichen Staatsgewalt, hätte dann keinen Sinn gehabt, wenn - wie hier nach der Gemeindeordnung von 1850 - eine solche einheitliche Staatsgewalt verfassungsrechtlich gegenüber den Gemeinden nicht hätte geltend gemacht werden können. Die Gemeindeordnung von 1850 zeigte also so deutlich wie kein anderer Rechtssatz und keine Lehranschauung die seitdem nie verlorenen Folgerungen der Frankfurter Programmsätze für den Begriff des mittelbaren Beamten.

Die tatsächliche Rechtsentwicklung in Preußen und den übrigen deutschen Staaten (mit Ausnahme von Österreich, dessen Gemeindeordnung von 1862 sich eng an die liberalen Forderungen anschloß,) ging jedoch andere Wege. Nach der endgültigen Niederringung der revolutionären Bewegung wurde die Gemeindeordnung alsbald sistiert; die preußischen Disziplinargesetze von 1851/1852 stellten die staatliche Disziplinargewalt zweifelsfrei fest; nach dem Preußischen Polizeiverwaltungsgesetz von 1851 blieb die Polizei Staatsangelegenheit, und in den Städteordnungen von 1853 für die östlichen Provinzen und 1856 für die Rheinprovinz wurde den Städten kein einziges Hoheitsrecht übertragen. Vielmehr stellten diese (Städteordnung von 1853 § 77) jetzt auch ausdrücklich fest, daß die staatlichen Aufsichtsbehörden gegen jeden Beschluß der Stadtverordneten nicht nur wegen Rechtsverletzungen, sondern auch bei Verletzung des Staatswohls einzuschreiten befugt und verpflichtet seien. Auch das Doppelgesicht des Magistrats als Staats- und Gemeindebehörde kehrte wieder. In § 56 St.O. wurde die Unterscheidung noch auffallender formuliert als in der Städteordnung von 1831: man sprach jetzt sogar im Gesetz von Ortsobrigkeit im Gegensatz zur bloßen Gemeindeverwaltungsbehörde.

Lediglich eine formale Konzession an die kommunalpolitischen Forderungen des Liberalismus schien demnach der § 9 St.O. zu bringen, wenn er den Stadtgemeinden Korporationscharakter gab und ihnen im engen Zusammenhang damit die Selbstverwaltung ihrer Angelegenheiten zuerkannte. Der Begriff der Selbstverwaltung, der bisher nur als hergebrachter Kampfbegriff gegen den absoluten Staat gegolten hatte [1], hielt somit seinen Einzug in das Gesetz. Damit gab jedoch das Gesetz selbst die Platt-

---

1) Vgl. Gluth, "Die Lehre von der Selbstverwaltung im Lichte formaler Begriffsbestimmung", 1887, S.5 ff.

form für die wissenschaftliche Auseinandersetzung über die Bedeutung des Begriffs der selbstverwaltenden Korporation ab. Die Rechtswissenschaft der folgenden Periode hat dann dem Begriff einen Inhalt gegeben, der ihm nach dem Gesetz nicht hätte beigelegt werden können. Insbesondere wurde der Angelpunkt des Problems der Selbstverwaltung, nämlich der Umfang der Staatsaufsicht, verschoben. Es kann hier vorweggenommen werden, daß das preußische Zuständigkeitsgesetz von 1883 im § 15 schließlich die Staatseingriffe auf Gesetzesverletzungen beschränkte.

Die nun darzustellende Rechtslehre hat begrifflich im wesentlichen nur die Kernfrage der Selbstverwaltung zur Debatte gestellt und den Begriff des mittelbaren Beamten kaum behandelt. Wie aber bereits in den früheren Abschnitten und soeben bei der Behandlung der Gesetzesentwicklung zwischen 1848 und 1853 gezeigt wurde, ziehen Änderungen des Selbstverwaltungsbegriffs unmittelbar auch solche des mittelbaren Beamtenbegriffs nach sich. Es wird demnach auf jene auch hier zunächst einzugehen und erst dann deren Einwirkung auf den Begriff des mittelbaren Beamten darzustellen sein.

II. Die Selbstverwaltung in der Rechtslehre nach 1848.

1.) Der ältere Liberalismus.

Die ältere Literatur nach 1848 ist ganz allgemein beherrscht von dem Gedanken, daß die Gemeinde ein freies, vom Staat nicht abgeleitetes und nicht antastbares Persönlichkeitsrecht habe, und der Staat über die Ausübung der Gemeindeaufgaben nur eine gesetzlich geordnete Oberaufsicht besitze. [1] Daß dieses Persönlichkeitsrecht nicht nur als ein Privatrechtsbegriff verstanden wurde, ergibt sich, auch ohne daß schon der Begriff der juristischen Person des öffentlichen Rechts gebraucht wurde, aus den Einzelforderungen, die für die "natürliche" Rechtssphäre der Gemeinde geltend gemacht wurden. So wird ganz allgemein die Ortspolizei als Gemeindeaufgabe bezeichnet; [2] ferner das Besteuerungsrecht, das Statutenrecht, Besetzung der Gemeindeämter, teilweise auch die Disziplinargewalt über die Gemeindebeamten und die niedere Gerichtsbarkeit.

So allgemein übereinstimmend dieser Katalog von Forderungen war, so wenig klar durchgearbeitet war die rechtliche Begründung eines öffentlichen Persönlichkeitsrechts der Gemeinde. Die großartige Herleitung aus dem alten deutschen Genossenschaftsrecht, wie sie später Otto von Gierke gab, fehlte hier noch völlig. Nur gelegentlich und schlagwortartig als Umschreibung für die Gemeindebürgerschaft wird der Begriff "Genossenschaft" erwähnt. [3] Zumeist wurde ganz willkürlich mit Analogien zu dem Organismus der Familie gearbeitet [4], wie ja überhaupt in dieser späten Periode des deutschen Idealismus ein oft recht ungeklärter Begriff des Organischen eine bedeutungsvolle Rolle gespielt hat [5]. Die subjektiven Grundrechte dieser bereits als Gesamtpersönlichkeiten bezeichneten Organismen wurden jedoch kaum, wie es dem Begriff "organisch" entsprochen hätte, aus dem Zusammenwachsen enger örtlicher und beruflicher Lebensgemeinschaften abgeleitet, sondern wurden auf den alten naturrechtlichen Unterwerfungsvertrag der Individuen gegründet (Brater, a.a.O. S.113 und Mittermaier, S.242 ff.). Dieser Konstruktionsversuch zeigt, daß bei der älteren liberalen Lehre keine Vorstellung von einem gegenseitig gebundenen Verhältnis der Glieder zum Ganzen geherrscht hat, sondern daß im Grunde die Tätigkeit des freien Willens der Einzelperson als Rechtsgrundlage und Bedingung der Gemeindeheit und ihrer Ausübung angesehen wurde. Dem entspricht es nur, wenn für den Begriff der Gesamtpersönlichkeit keine andere Erklärung als die Analogie zum Recht

1) Vergl.insbes.Rotteck, Vernunftrecht Bd.3 § 63 ff.
2) Vergl. Staatslexikon von Rotteck-Welcker, Bd.VI, Aufsatz Gemeinde, S.258 von Mittermaier, 1862; Bluntschlis Deutsches Staatsw.B.1859, Artikel Gemeinde von Brater, S.113, Anm.11, Zachariae, "Deutsches Staats- und Bundesrecht, 3. Aufl. I/572 ff; Dahlmann, Politik § 248; Stahl, Staatslehre § 4; Grotefend, Deutsches Staatsrecht, § 519 ff.)
3) Mittermaier, a.a.O.S.270, 271.
4) Zachariae, S.572 ff., Mittermaier, S.238.
5) Siehe hierzu die kritischen Betrachtungen C.F.v.Gerbers, in "Grundzüge des deutschen Staatsrechts", Anhang "Der Staat als Organismus".

der Einzelpersönlichkeit gegeben werden konnte. So sagt z.B. Brater (S.113): "Im Verhältnis zu ihren Angehörigen ist die Gemeinde mit einer Gewalt ausgestattet, nicht so umfassend wie die Staatsgewalt, aber ebenso ursprünglich wie diese und ebenso durch freiwillige Unterwerfung des Einzelnen bedingt. Im Verhältnis zum Staat nimmt sie eine zweifache Stellung ein. Zuerst die bisher betrachtete: als ein selbständiger Organismus ist sie wie der einzelne Mensch vom Staat nicht geschaffen, lebt nicht von ihm, geht nicht mit ihm unter. Wie der einzelne Mensch darf die Gemeinde Achtung ihrer freien Rechtssphäre, Schutz und Beistand vom Staat erwarten." Ganz ähnlich Mittermaier, S.238 und Zachariae, S.572 ff., der von einer originären Rechtssphäre der Gemeinde, die in sich selbst frei und selbständig sei, spricht.

In der Rechtslehre feiert also das Frankfurter Programm von 1848 seine Auferstehung. Notwendig mußte die Wissenschaft damit aber auch der Zugehörigkeit der Gemeindebeamten zu dem staatlichen Beamtenkörper widersprechen. Der Begriff des mittelbaren Beamten wird von ihr überhaupt nicht mehr erwähnt; auch ein Staatsdienerverhältnis "im weitesten Sinne" wird von ihr nicht anerkannt; vielmehr wird die grundsätzliche Trennung von Gemeinde- und Staatsbeamtentum scharf betont; (Welcker, Artikel Staatsdienst in Rotteck-Welckers Staatslexikon) beziehungsweise ein Amtsverhältnis zum Staat nur in den Fällen und nur insoweit anerkannt, als der Gemeindebeamte gleichzeitig Staatsgeschäfte miterledigt (Zachariae). Untersucht man jedoch, welcher sachliche Unterschied zwischen den beiden Beamtengruppen geltend gemacht worden wäre, so ergibt sich, daß diese doch wesentlichste Frage weder beantwortet noch überhaupt grundsätzlich als Problem aufgeworfen worden ist. Der nächstliegende Ausgangspunkt hierfür wäre die wohlbegründete Herausarbeitung der Aufgabengebiete gewesen, die nur den lokalen Interessen der Gemeindebürgerschaft gedient hätten.

Man wäre damit jedoch in eine völlig aussichtslose Diskussion mit dem Staat über die Frage geraten, ob die für die Gemeinden geforderten Hoheitsrechte und insbesondere die Ortspolizei mehr den lokalen Interessen oder nur dem allgemeinen Staatsinteresse gedient hätten. Statt dessen wurde das Bestehen gewisser Grundaufgaben der Gemeinde unbewiesen vorausgesetzt und für diese eine rechtliche Gleichheit mit den Aufgabengebieten des Staates behauptet. Brater: "Die politische Gemeinde ist kein mikroskopischer Staat; aber ihr Wirkungskreis ist dem staatlichen gleichartig, darum müßte auch, sobald sie für sich selbst zu sorgen aufhören würde, jede ihrer wesentlichen Aufgaben vom Staat übernommen werden. Hierin ist der publizistische Charakter des Gemeinderechts und das Prinzip der Staatsaufsicht begründet." [1] Von einem Analogon des Staates sprechen Zachariae (S.572 ff.) und Mittermaier (S. 238 ff.). Der mittelbare Beamte hätte sich also hiernach in keinem Punkte sachlich von dem unmittelbaren Beamten unterschieden. Seine Besonderheit wäre nach dieser Lehre nur die gewesen, daß er, der monarchischen Befehlsgewalt entzogen, zu einem ausschließlichen Exekutivorgan der Stadtparlamente geworden wäre.

---

1) a.a.O. S. 112.

2.) Die wirtschaftliche Theorie der Selbstverwaltung.

Neben und kurz nach dieser politisch eindeutig festgelegten Seite der Rechtslehre bildete sich allmählich eine politisch reale und wissenschaftlich schärfer urteilende Anschauung heraus. Augenscheinlich sind auf diese die großen politischen Erfolge der preußischen Regierung nicht ohne Einfluß geblieben. Diese Gruppe von Wissenschaftlern, die sich vor allem an die Namen Rudolf von Mohl, Bluntschli und v. Gerber knüpft, nahm ihren Ausgangspunkt von der positiven Verfassungslage und dem innerpolitischen Kräfteverhältnis; sie würdigt dabei zum ersten Mal vorurteilslos seit dem Aufkommen des Liberalismus die Zwangsläufigkeit jenes historischen Prozesses, der politisch und staatsrechtlich zur Schwächung aller Teilgewalten und zur Identifizierung aller Hoheitsrechte mit der Staatsgewalt geführt hatte. Dabei kamen Bluntschli [1] und Gerber [2] zu dem Ergebnis, daß das Tätigkeitsfeld der Gemeinden ganz vorwiegend in der Pflege örtlicher Wirtschaftsinteressen und darüber hinaus kultureller und wohltätiger Zwecke liege. Dasselbe sagt Rudolf v. Mohl, wenn er die Gemeinde als eine wesentlich gesellschaftliche Gestaltung bezeichnet.[3] Der Übergang der eigentlichen Hoheitsbefugnisse, namentlich wiederum der Polizei auf den Staat, wird hier zwar auch mit einem Unterton des Bedauerns registriert, aber dennoch als durch die natürliche Entwicklung gerechtfertigt erklärt. Es wird lediglich zur Erörterung gestellt, welche Teilgebiete etwa der Wohlfahrtspolizei noch vorwiegend örtlichen Interessen dienten und deshalb auch den Gemeinden zum eigenen Namen überlassen werden könnten. Allgemein werden die Gemeinden als natürlich zusammengewachsene, öffentliche Rechtsträger mit den besonderen, vorher bezeichneten Aufgabenbereichen angesehen, die insoweit die beste Ergänzung zum Staat bildeten, diesem aber für die Erfüllung seiner umfassenden Aufgaben unterstellt seien. Zu dem sehr wesentlichen Problem der positiven Regelung der Staatsaufsicht wird hier nicht ausdrücklich Stellung genommen. Die Grundeinstellung wird jedoch in folgenden Ausführungen Gerbers [4] erkenntlich: "So betrachtet er (der Staat) sie (die Gemeinde) als seine natürliche Ergänzung, durch welche er erst in die Lage versetzt wird, seinen das Volk als Ganzes ergreifenden Beruf zu erfüllen. Und so erklärt es sich, warum er auch sie in den Kreis der Personen und Sachen erhebt, an welche sich sein Hoheitsrecht unmittelbar anknüpft. Daher kann er auch ihre innere Organisation und Entwicklung nicht der individuellen Willkür preisgeben, sondern macht die Gemeindeordnung selbst zu einer der wichtigsten Angelegenheiten der Staatsgesetzgebung und sorgt, indem er die Gemeinden seiner Aufsicht unterwirft, daß sie in einem dem Gesamtinteresse entsprechenden Sinne geführt werden."

Auch die Frage nach der Rechtsnatur der mittelbaren Beamten wird von dieser Lehre nicht gestellt. Sie hätte jedoch bei einem Erfolg der Ideen Bluntschlis und Gerbers eine sachlich befriedigende Antwort gefunden. Der mittelbare Beamte hätte

1) Allgemeines Staatsrecht, 5. Aufl.S.574.
2) Gerber, Grundzüge des deutschen Staatsrechts, 3. Aufl. S. 59 ff.
3) S. über den Begriff "Gesellschaft" unten S.43 ff.
4) S.59 ff.

danach im Dienst einer besonderen öffentlichen Körperschaft gestanden; er wäre von dieser angestellt, besoldet und mit den näheren Anweisungen für seine Tätigkeit versehen worden. Seine formale Sonderung vom unmittelbaren Beamten hätte dadurch die sachliche Rechtfertigung erhalten, daß das Schwergewicht seiner Tätigkeit nicht zu den eigentlichen Hoheitsaufgaben des Staates hätte gerechnet werden können. Auf das Gebiet der örtlichen Kultur- und Wohlfahrtspflege hatten sich seit der Stein-Hardenbergischen Reform die Hauptziele der Gemeindetätigkeit verlagert. In der Lösung dieser Aufgaben hätte dann auch die sachliche Grundlage der Aufgaben des mittelbaren Beamtentums gelegen. "Mittelbarer" Staatsbeamter wäre der Gemeindebeamte nach dieser Ansicht deshalb gewesen, weil formal seine Anstellung nur aus der allgemeinen Staatsgewalt abzuleiten gewesen wäre und weil sachlich seine Tätigkeit mittelbar der Förderung der allgemeinen Staatszwecke gedient hätte.

3.) Die Selbstverwaltung und das mittelbare Beamtentum als Zwischenbau zwischen Staat und Gesellschaft.

Ein Erfolg dieser klaren und den Verhältnissen der tatsächlichen Rechtslage entsprechenden Lehre hätte auf die Anschauungen vom Wesen des mittelbaren Beamten nicht ausbleiben können, wenn die noch verhältnismäßig ruhige soziale und politische Entwicklung der Jahre zwischen 1865 und 1875 angedauert hätte. Jedoch wuchsen infolge der stürmischen Industrialisierung der späteren Periode die wirtschaftlichen und kulturellen Spannungen in Deutschland in solchem Maße an, daß das Problem ihrer Lösung zahlreiche andere Fragen, insbesondere auch solche des Staatsrechts in seinen Bannkreis zog. Die Wissenschaft hatte sich längere Zeit daran gewöhnt, diese vielfachen Reibungen unter dem neutralen Begriff der "Gesellschaftsbewegungen" vom Staatlichen und Politischen zu neutralisieren. Die "Gesellschaft" galt ursprünglich als das Gebiet der privaten Interessengemeinschaften. So nennt Rudolf v. Mohl [1] die Gesellschaft den Inbegriff vielfacher natürlicher Interessengenossenschaften. Er führt dazu aus: "Das dauernde Zusammensein vieler an demselben Orte und das nahe Aneinandergedrängtsein derselben erzeugt Bedürfnisse und Interessen, welche einerseits in vereinzelten und vorübergehenden Zuständen gar nicht bestehen, die aber andererseits mit der Einheit des Staatsgedankens und mit seinem Organismus gar nichts zu tun haben. Die gemeinschaftliche Tätigkeit für alle diese Dinge bildet ein eigenes, auf örtlicher Grundlage beruhendes genossenschaftliches Leben." Diese Ausführungen ergeben einmal, wie stark die ältere Wissenschaft unter dem Eindruck des ruhigen wirtschaftlichen und kulturellen Lebens noch die Betonung auf das Zusammenwirken der privaten Interessen in der Gesellschaft legte und sie zeigen weiterhin durch den Hinweis auf die örtliche Gebundenheit der Interessen den Zusammenhang auf, der zwischen dieser Anschauung von der Gesellschaft und derjenigen von der Natur der Selbstverwaltung (siehe den vorigen Abschnitt) bestand.

---

1) "Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften" 1855, Bd.I, S.88.

a) Lorenz von Stein.

Ein ganz anderes Aussehen hat die Vorstellung von dem Wesen der Gesellschaft eine Generation später. Von grundlegender Bedeutung für die gesamte Gesellschafts- und Selbstverwaltungslehre wird jetzt Lorenz v. Stein. Stein ist Hegelianer. Er ist der Schüler des preußischen Staatsphilosophen in der Dialektik des Denkens, in dem starken Gefühl für die Bedeutung alles organisch Gewachsenen und speziell in diesem Zusammenhang in dessen Anschauung über das Wesen der Gesellschaft und ihr Verhältnis zum Staat. Aber gerade hierbei geht er, der als Mann schon der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts angehört, über die Lehre Hegels hinaus. Dieser nennt bereits die bürgerliche Gesellschaft den "Kampfplatz des individuellen Privatinteresses aller gegen alle." [1] Jedoch ist für ihn die Gesellschaft nicht nur das chaotische Kämpfen der Privatinteressen gegeneinander, sondern es sei - so führt er aus - in jedem Drang des Einzelnen zur Befriedigung seiner Bedürfnisse durch Arbeit bereits der Zug zum Gemeinschaftlichen. [2] Denn "das Arbeitswesen der bürgerlichen Gesellschaft zerfällt... in verschiedene Zweige. Indem solches an sich Gleiche der Besonderheit als Gemeinsames in der Genossenschaft zur Existenz kommt, faßt und bestätigt der auf sein Besonderes gerichtete, selbstsüchtige Zweck zugleich sich als allgemeinen, und das Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft ist ... Mitglied seiner Korporation." "Die Korporation hat nach dieser Bestimmung unter der Aufsicht der öffentlichen Macht das Recht, ihre eigenen Interessen zu besorgen." Die Korporation ist nach Hegel zusammen mit der Familie die Grundlage der Gesellschaft. Die bürgerliche Gesellschaft trägt also, obwohl sie auch ein Kampfplatz der Privatinteressen ist, gleichzeitig die Tendenzen zum Genossenschaftlichen in sich, [3] und so "schlägt der Korporationsgeist in sich selbst in den Geist des Staates um." [4] Zu den Gestaltungen der gemeinsamen besonderen Interessen - also der Gesellschaft - rechnet Hegel außer den Korporationen auch die Gemeinden.

Bei Hegel ist also die Gesellschaft noch ein Gebilde betont zusammenwirkender, genossenschaftlicher Kräfte; die aus sich selbst heraus fähig sind, den Staatsgeist und den Patriotismus zu erzeugen und sogar die sittliche Wurzel des Staates auszumachen (§ 255).

Auch Lorenz von Stein [5] erkennt in der Gesellschaft eine auf das Zusammenwirken gerichtete Tendenz. Aber bei ihm ist es nicht ein Zusammenwirken gleicher, sondern ungleicher Kräfte. Gemeinsam ist diesen zwar das Ziel des Arbeitserfolges; aber sie selbst sind nun im Industriezeitalter nicht mehr gleichgeordnet in ihrem Stand, sondern zerrissen in Besitzende und Nichtbesitzende; damit aber wird die Gesellschaft für ihn zur "Gemeinsamkeit der Ungleichen". Diese Gemeinsamkeit kann

1) § 289 der Grundlinien der Philosophie des Rechts in der Ausgabe von Lasson, II. Aufl.
2) § 251.
3) §§ 252 ff. insbesondere 255
4) § 289
5) Handbuch der Verwaltungslehre III, S.4 ff.

aber nicht zur Einheit und zum Staatsgeist führen, sondern vielmehr findet zwischen dem Besitzenden und dem Nichtbesitzenden ein Kampf um den Besitz und um den Staat statt. Zwar sei früher - und soweit folgt Stein wieder Hegel - der Staat aus dem gemeinschaftsbildenden Zug der Gesellschaft entstanden und meist von deren herrschender Schicht getragen worden. Aber nunmehr - da die Gesellschaft selbst in Gruppen zerrissen sei - emanzipiere sich der Staat von ihr. Da er allein jetzt noch der Sachwalter des Gemeinsamen und der Einheit sei, müsse er nun auch die Verwaltung des gesellschaftlichen Lebens in seine Hand nehmen.

Während also bei Hegel der Staat sich als die höchste, allein von der Vernunft erfüllte Einheit des Volkes über die anderen gesellschaftlichen Einheiten erhebt, von diesen also gleichzeitig verschieden und ihnen doch verbunden ist, wird bei Stein diese Verbindung gelöst und eine neue anders geartete dadurch hergestellt, daß der Staat die gesellschaftlichen Aufgaben, d.h. die Lösung der sozialen Probleme, in sich aufnimmt. Hierzu ist aber der Staat nach Stein berechtigt und verpflichtet. Denn in der Gesellschaft herrscht der egoistische Interessengegensatz, die Ungleichheit und der gesetzlose Kampf um die Macht; im Staat dagegen gilt das für alle gleiche Gesetz, und er allein faßt die im ganzen Volk lebenden Einheitskräfte zusammen. In dieser Lehre von dem Verhältnis des Staates zur Gesellschaft kommt nun auch Steins Theorie von der Selbstverwaltung eine besondere Bedeutung zu. Stein sagt zwar nie - wie Rudolf von Gneist -, daß die Selbstverwaltung dazu bestimmt sei, in unterster Instanz die staatliche Herrschaft über die Gesellschaft konkret zu verwirklichen. Aber die tatsächlichen Konsequenzen sind dieselben, und auch der völlige Bruch Steins mit allen früheren Anschauungen über die Selbstverwaltung läßt keinen anderen Schluß als den zu, daß er denselben Ausgangspunkt wie Gneist hatte. Für ihn ist die Selbstverwaltung dem Wesen nach Staatsverwaltung.[1] [2] Auch er geht wie alle bisher dargestellten Lehranschauungen davon aus, daß die Selbstverwaltung der Gemeinden zeitlich der Staatsgewalt vorangegangen sei und daß für jene also das historische Recht spreche; und auch nach der Entstehung des Staates habe dieser nur besondere Aufgaben neben der Selbstverwaltung gehabt.[3] Er stellt jedoch in richtiger Würdigung der politischen Wandlungen des 18. Jahrhunderts fest, daß die Entwicklung der Selbstverwaltung rechtlich durch den Absolutismus unterbrochen und die natürliche Freiheit der Gemeinden endgültig vernichtet sei. Erhalten habe sich in dieser Zeit nur die Idee des historischen Rechts auf Selbstverwaltung. Die weitere Konsequenz aus der Vernichtung der Selbstverwaltung und der Zusammenfassung

1) Die Verwaltungslehre, 1. Aufl., 1. Teil, S.379 ff.

2) Die Verwaltungslehre I, S.377: "Das zweite Prinzip ist, daß diese Selbstverwaltungskörper, indem sie einen Teil der Regierungsgewalt durch ihren eigenen Willen und Tat verwalten, auch damit einen Teil des Organismus der ganzen Regierung bilden; das ist, daß weder ihre Verordnungs- noch ihre Organisations- noch ihre Polizeigewalt selbstherrlich sind."

3) S.383 a.a.O.

aller Gewalten in ein einheitliches Hoheitsrecht des Staates ist dann die, daß die Gemeinden nach der Rückgewähr der Selbstverwaltung ihre Aufgaben nur noch als ihrer Natur nach staatliche Rechte übertragen erhalten haben. Stein sagt dies nicht ausdrücklich. Es folgt jedoch notwendig aus seiner rechtshistorischen Darstellung und seiner These, alle Selbstverwaltung sei Staatsverwaltung.

Jedoch ist die Selbstverwaltung eine besondere Art der Staatsverwaltung. Es sind drei Gruppen von Unterschieden, die sich aus Steins Lehre ergeben:

a) Die Selbstverwaltung ist Staatsverwaltung, aber sie ist dies in Beschränkung auf ein gewisses Maß aller örtlichen Regierungsaufgaben [1] und die Gesamtheit der örtlichen gesellschaftlichen Interessen; insbesondere auf deren Leitung legt Stein das entscheidende Gewicht. Er sagt: [2] "Fast nirgends aber erscheint derselbe (nämlich der Faktor der gesellschaftlichen Interessen) so entscheidend und tiefgreifend, als in den Selbstverwaltungskörpern. In ihnen berührt sich in wunderbarer Mannigfaltigkeit das Prinzip des Staatslebens und das Interesse und die Gewalt der gesellschaftlichen Mächte; sie sind das Resultat beider zugleich; alles Unbestimmte, was Namen und Funktion derselben mit sich bringt, verwandelt sich in klare faßbare Faktoren, wenn man die sozialen Elemente gehörig zu beachten versteht, und namentlich die große Verwirrung der Begriffe und die noch größere Verschiedenheit der wirklichen Zustände und Rechtsordnungen in Deutschland werden klar, indem man gerade bei den Selbstverwaltungskörpern die Grundformen der Gesellschaft und ihre Wirkungen beachtet." Stein geht also - wie Bluntschli, Gerber und Mohl - davon aus, daß die örtlichen Gesellschaftsinteressen Besonderheiten gegenüber den allgemeinen Staatszwecken darstellen; wenn er aber nun die Selbstverwaltung als einen Teil der Staatsverwaltung auffaßt, so bezieht er damit die Lösung der gesamten sozialen Probleme in das Gebiet der Staatshoheit ein. Er ist der erste, der diese Rechtsauffassung vertritt. Der absolute Staat hatte grundsätzlich die Grenzen zu dem Recht der privaten Gesellschaft unangetastet gelassen, und die liberale Lehre vor Stein hat in der Hervorhebung der Trennung von Staat und Gesellschaft nichts ungetan sein lassen. Man kann insoweit die Bedeutung Steins für die Folgezeit überhaupt nicht überschätzen und ihn mit Recht den ersten juristischen Kathedersozialisten nennen.

b) Das zweite Kriterium der Selbstverwaltung ist nach Stein die Beteiligung der Staatsbürger an der örtlichen Verwaltung; [3] er nennt diese das System der freien Verwaltung und die Selbstverwaltung den spezifischen Ausdruck des Staatsbürgertums. Allerdings ist dabei der bedeutende Unterschied zu der späteren Lehre Rudolf von Gneists festzuhalten, daß Stein die Beteiligung des einzelnen an der Verwaltung nicht so sehr in der Verwaltung durch die Bürger, als vielmehr in der Wahl der Selbstverwaltungsorgane (S.378) gegeben sieht. Der Begriff des Ehrenbeamten ist ihm fremd.

1) Die Verwaltungslehre I, S.433, 434, 364, 378.
2) a.a.O., S.406.
3) a.a.O., S.364, 366, 367, 378.

c) Das vielleicht wichtigste Kennzeichen der Selbstverwaltung in Steins Lehre ist aber dies, daß ebenfalls erstmalig der Selbstverwaltungskörper ausdrücklich zur juristischen Person des ö.R. erhoben wird. Stein führt aus (S.376): "Das staatliche Recht der Selbstverwaltungskörper ergibt sich in seinen Prinzipien aus der obigen Natur derselben. Das erste dieser Prinzipien folgt aus dem Satze, daß diese Körper, indem sie die Organisation und Polizei auf Grundlage ihrer eigenen Verordnungsgewalt wirklich ausüben, auch die erste Bedingung jeder wirklichen Tat besitzen müssen; das ist, um wirklich handeln zu können, müssen sie als Persönlichkeiten anerkannt sein. So entsteht bei ihnen juristisch und historisch zuerst der Begriff der sog. juristischen Persönlichkeit." Und S.433: "Diese örtliche Selbstverwaltung ist nun, wie ihre materielle Grundlage, dem Staat gegenüber selbständig. Die Anerkennung dieser Selbständigkeit von seiten des Staates macht sie zuerst zu einer juristischen Persönlichkeit. Indem sie eine juristische Person ist, hat sie ein Recht; dieses Recht ist ein öffentliches, weil es für die öffentliche Tätigkeit der Verwaltung da ist."

Diese Konstruktion des Selbstverwaltungskörpers als einer juristischen Person des öffentlichen Rechts war nichts als eine wissenschaftliche These. Begründet war sie nicht im Gesetz; denn das positive Recht gab dazu - wie früher gezeigt - keine Veranlassung. Begründet war sie auch nicht auf die Notwendigkeit und die Natur der Sache; denn wie das Beispiel des absoluten Staates und der französischen Verwaltung zeigt, ist die Ausübung auch der gesamten örtlichen Hoheitsaufgaben ohne eigenes Recht und nur im Namen des Staates möglich. Begründet wurde sie lediglich auf das historische Recht der deutschen Selbstverwaltungskörper auf eigene Verwaltung aller örtlichen Angelegenheiten, welches der Staat jenen, nur beeinflußt durch sein eigenes "wunderbares und doch so natürliches Zusammenwirken mit Poesie, Wissenschaft und Volksgeist", [1] zurückgegeben habe. Diese neue Selbstverwaltung ist also bei Stein von der staatlichen Anerkennung abgeleitet, sie dient staatlichen Zwecken und umfaßt somit auch ihrer Natur nach staatliche Aufgaben; aber der Staat verzichtet in freier Würdigung der historischen deutschen Gestaltung auf die örtliche Ausübung seiner Aufgaben zugunsten der Selbstverwaltungskörper; damit dieser Verzicht jedoch rechtsverbindlich sei, [2] erhalten jene ihre alte öffentlich-rechtliche Subjektivität zurück und können nun die Ausübung ihrer Aufgaben als eigenes Recht gegenüber den Bürgern und dem Staat geltend machen.

In dieser Konstruktion hat Lorenz von Stein der modernen Selbstverwaltung überhaupt erst die juristische Grundlage gegeben.

Ein Punkt seiner Lehre bedarf jedoch noch besonderer Betonung gegenüber dem späteren Positivismus in der Rechtswissenschaft. Stein wollte mit seiner Theorie keinen Formalbegriff für die Selbstverwaltung ohne einen konkreten Inhalt schaffen, in welchem jede Sonderung und verwaltungstechnische Verselbständigung irgendwelcher

1) a.a.O., S.384, 385.
2) a.a.O., S.481.

Staatsaufgaben hineingepreßt werden könnte. Er beschränkte im Gegenteil den Begriff auf die historisch gewachsenen und von natürlichen besonderen Interessen erfüllten örtlichen Selbstverwaltungskörper. Jede Erweiterung des Selbstverwaltungsbegriffs durch Gesetzesschöpfungen trägt nach seiner Anschauung notwendig den Charakter der Gewalt. Alle solche willkürlichen Gestaltungen seien nicht Selbstverwaltungskörper, sondern in Wirklichkeit Amtsgebiete: "Man kann sie nicht schaffen, sondern nur die gewordenen anerkennen." 1)

Zusammenfassend definiert er somit die Selbstverwaltung 2) als "die Teilnahme des Staatsbürgertums an der örtlichen Verwaltung, die als ein selbständiger Verwaltungsorganismus mit eigenem Inhalt, eigener Funktion und eigenem Rechte ausgerüstet auftritt."

Zu dem Begriff des mittelbaren Beamten nimmt Stein nicht ausdrücklich Stellung. Aber aus seiner Selbstverwaltungslehre ist auch das Wesen des mittelbaren Beamtentums eindeutig abzuleiten.

Zunächst folgt aus ihr, daß der mittelbare Beamte begrifflich zweifellos Staatsbeamter ist. Jedoch bildet das mittelbare Beamtentum eine besondere Kategorie des allgemeinen Beamtentums, ebenso wie die Selbstverwaltung eine besondere Gestaltung innerhalb der ausführenden Gewalt darstellt. Aus ihrem örtlichen und insbesondere gesellschaftlichen Aufgabenkreis folgt, daß der mittelbare Beamte nicht so sehr die Personifizierung der Staatseinheit in ihren überall gleichgelagerten Zwecken und Willensrichtungen zum Ausdruck bringt, als daß sich vielmehr in seinen Aufgaben die Anpassung der allgemeinen Staatszwecke an die örtlichen Besonderheiten verkörpert. Ein einfaches Beispiel dafür:

Der Bürgermeister baut Versorgungsbetriebe in der Größe und nach der Art, wie es die Zahl der Gemeindebürger und ihre besonderen Bedürfnisse erfordern. Er richtet Mittel-, Berufs- und höhere Schulen nach der Zahl und der sozialen Zusammensetzung der Schulpflichtigen ein. Er sorgt, wenn die Natur selbst hierzu keine Gelegenheit bietet, für das Erholungsbedürfnis der Bevölkerung durch Anlage von Bädern, Parks usw. Alle diese Veranstaltungen sind nach Stein staatliche Aufgaben, weil sie allgemeinen Interessen dienen; aber ihre nähere Ausgestaltung richtet sich nach den lokalen Besonderheiten. Die Staatseinheit braucht in der Erfüllung dieser Aufgaben nur insoweit gewahrt zu werden, als die staatlichen Mindestvorschriften über die baupolizeiliche Sicherheit der Gebäude, die Höchstgrenze der kommunalen Verschuldung, den Schutz der Naturdenkmäler usw. zu beachten sind. Die Wahrung dieser Vorschriften ist für den Bürgermeister also eine zwar nicht weniger wichtige, aber weniger umfangreiche Aufgabe. Dagegen stellt gerade die Vorsorge für die Erfüllung dieser allgemeinen Staatsvorschriften die Hauptaufgabe der staatlichen Aufsichtsbeamten (Landrat und Regierungspräsident) dar; bei ihnen wechselt die Art

1) a.a.O., S.381.
2) a.a.O., S.364.

ihrer Aufgabengebiete im wesentlichen nicht, gleichviel ob sie an der einen oder anderen Grenze des Staates ihr Amt ausüben.

Der zweite Unterschied des mittelbaren Beamten zum unmittelbaren Beamten hängt mit der Eigenschaft der Selbstverwaltung als einer freien Verwaltung, wie sie Stein bezeichnet, zusammen; die Wahl der Gemeindeorgane bewirkt nämlich, daß der mittelbare Beamte die Innehabung seines Amtes nicht mehr auf die königliche Ernennung, sondern allein auf den Willen der Gemeindebürger zurückführen kann. Die Wahl durch die Bürger stellt sich auch nicht - wie in der früheren Periode vor 1848 - als ein der Gemeinde nur delegiertes königliches Recht dar, sondern wie die folgende Untersuchung zeigen wird, als ein eigenes Recht der Gemeinde.

Der dritte Unterschied findet seine Grundlage darin, daß die Selbstverwaltungskörper von Stein als juristische Personen des öffentlichen Rechts konstruiert sind:

Der mittelbare Beamte wird ein Organ des Selbstverwaltungskörpers und erhält somit dienstliche Anordnungen nur von diesem. Stein braucht dies nicht ausdrücklich zu erklären; denn es ist eine selbstverständliche Folge der öffentlichen Rechtssubjektivität der Selbstverwaltungskörper. Es ist begrifflich sogar neben der Herrschaftsgewalt das einzige, unbedingt notwendige Kriterium derselben. Denn zur Rechtspersönlichkeit gehört die eigene Willensbildung, und dies kann nur durch eigene Organe erfolgen. Somit wird das hoheitliche Rechtsverhältnis des Selbstverwaltungsorgans zum Staat jetzt nur noch durch den Selbstverwaltungskörper vermittelt.

Allerdings faßt Stein dieses Verhältnis noch durchaus als Unterordnung auf. Daraus, daß die Selbstverwaltungskörper eigene Hoheitsrechte besitzen, folgert er nicht, daß zwischen Selbstverwaltungskörper und Staat ein Gleichordnungsverhältnis bestehe. Denn ebenso wie der Einzelne Untertan bleibt, auch wenn ihm gewisse Rechte zustehen, bleibt der Selbstverwaltungskörper "Untertan" des Staates (S.377), und damit der mittelbare Beamte grundsätzlich den Aufsichtsbehörden untergeordnet.

Stein hebt jedoch den Grundsatz der Unterordnung durch einen zweiten Grundsatz weitgehend auf.

In seiner Selbstverwaltungslehre macht er sich die liberale Forderung nach der Gesetzesaufsicht zu eigen. Er sagt: "Daher wird es notwendig, daß Form und Maß dieses Anteils an der Regierungsgewalt für die Selbstverwaltung möglichst genau bestimmt werde und diejenigen gesetzlichen Vorschriften nun, welche die Grenze zu ihrer Verordnungsgewalt feststellen, nennen wir das staatliche Recht der Selbstverwaltungsorgane." [1] Und an einer anderen Stelle: [2] "Daher sind auch diese Selbstverwaltungskörper die Träger des eigentlichen Rechts der Selbstverwaltung; sie haben ihr eigenes Recht und hängen nicht mehr von dem Ermessen und der Zweckmäßigkeit ab, sondern sind mit der örtlichen Lebensgestaltung selbst gegeben." Damit aber begrün-

1) a.a.O., S.370
2) a.a.O., S.376

det Stein den rechtlich wichtigsten Unterschied für die Verwaltungsarbeit des mittelbaren Beamten zu der des unmittelbaren Beamten. Zum ersten Mal wird hier die früher wenig klar formulierte Forderung nach einer bloßen staatlichen Oberaufsicht dahin präzisiert, daß jede Zweckmäßigkeitsprüfung außerhalb der Staatsaufsicht liege. Mit der Ausschaltung der Ermessungsentscheidung aus dem Aufsichtsrecht ist aber in Wahrheit die Unterordnung des mittelbaren Beamten unter die höheren Staatsbehörden beseitigt. Das Recht zur Beanstandung und zum Eingriff bei Rechtsverletzungen ist kein charakteristisches Merkmal der Überordnung. Diese Befugnis kann auch gleichgestellten, insbesondere richterlichen Organen zustehen. Die Feststellung, daß das Recht verletzt und wiederherzustellen sei, ist eine völlig neutrale und von jeder Überordnung freie Entscheidung. Demgegenüber ist gerade die subjektive Ermessensfreiheit bei der Entscheidung über eine andere Entscheidung das einzige sachliche Merkmal dienstlicher Überordnung. Fehlt jene, so besteht auch diese nicht. Die Unterordnung des mittelbaren Beamten reduziert sich somit bei Lorenz von Stein auf eine Unterordnung unter das Gesetz. Es ist bemerkungswert, daß gerade Stein die endgültige Begriffsklärung der liberalen Forderung nach der Gesetzesaufsicht vorgenommen hat. An sich bildet diese gar nicht - wie jahrzehntelang gelehrt wurde - einen notwendigen Bestandteil der Selbstverwaltung. Sie ist ein Mittel zu deren Sicherung, und nicht einmal unter den verschiedenartigen Sicherungsmöglichkeiten die erfolg-versprechendste, wie die Entwicklung nach 1918 gelehrt hat.

Erklärlich ist die Lehre Lorenz von Steins nur durch die hier schon mehrfach angedeutete Beobachtung, daß die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts sich daran gewöhnt hatte, die alte deutsche Selbstverwaltungsidee mit der Ideologie der französischen Revolution zu verbinden. Die Städteordnung von 1808 hatte das konstitutionelle Prinzip in die Selbstverwaltung eingefügt; L. von Stein übertrug nun den Grundsatz der Sicherung des Individiums durch die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung auch auf das Verhältnis Staat - Selbstverwaltung und gab damit die im wesentlichen nicht mehr geänderte konstruktive Grundlage für die rechtliche Lösung des mittelbaren Beamten aus dem allgemeinen staatlichen Beamtenkörper. Es muß hierbei an die früher erwähnte landrechtliche Beamtendefinition erinnert werden: Staatsdiener ist derjenige, der zum Staat in einem besonderen Gewaltverhältnis steht. Das besondere Gewaltverhältnis des Beamten liegt aber grade in einem besonderen persönlichen Gewaltverhältnis; denn die Gesetzesunterworfenheit ist allen Staatsbürgern eigen, gleichviel ob es sich um Gesetze handelt, die alle Staatsbürger oder ihrem Tatbestande nach nur eine Gruppe von Staatsbürgern treffen.

Zusammengefaßt ergibt sich also aus der Lehre L. von Steins:

1. Der mittelbare Beamte ist das Organ eines selbständigen Hoheitsträgers im Staate; als solches hat er sachlich besondere, vorwiegend örtlich und sozial bestimmte Aufgaben zu erfüllen.
2. Der mittelbare Beamte steht zum Staat nicht mehr in einem besonderen Gewaltver-

hältnis, weil die ermessensfreie Aufsichtsentscheidung und damit die dienstliche Unterordnung beseitigt ist.

3. Ein hoheitliches Rechtsverhältnis des mittelbaren Beamten zum Staat wird nur durch den Selbstverwaltungskörper vermittelt, da dieser Staatsaufgaben erfüllt und seine öffentliche Rechtsfähigkeit vom Staat ableitet.

b) Rudolf von Gneist.

Die Lehre L. von Steins war grundlegend für die Begriffsentwicklung der Selbstverwaltung. Dagegen blieb sie vorerst ohne Bedeutung auf die Verwaltungspraxis und die Gesetzgebung. Hier errang der große Zeitgenosse Steins, Rudolf von Gneist, einen sehr viel erheblicheren Einfluß.

Gneist hatte bei seiner Selbstverwaltungslehre denselben ideellen Ausgangspunkt wie Stein. Auch er sah im Staat die einzige sichere Stütze des Volkslebens gegen die zerstörenden Kräfte der gesellschaftlichen Klassenkämpfe; und auch er faßte die Selbstverwaltung als das besondere staatliche Verwaltungsgebiet auf, auf dessen Boden der Staat die Gesellschaft vornehmlich lenken könne. Er bezeichnet daher die Selbstverwaltung als den "Zwischenbau" zwischen Staat und Gesellschaft. [1] Zwischenbau aber nicht im Sinne einer neutralen Sphäre, sondern in der ausgesprochenen Bedeutung, daß in ihm die Möglichkeit gegeben sei, die Gesellschaftsgruppen an den Staat heranzuziehen und sie dessen Zielen dienstbar zu machen. Seine politische Überzeugung ergibt sich aus folgenden Worten: "Die gesellschaftlichen Interessen haben außer kurzen Augenblicken der Begeisterung noch niemals die nächsten Vorteile der Machtstellung den dauernden und höheren Anforderungen des Staates zum Opfer zu bringen vermocht." [2] Es sei "beiden (Staat und Kirche) gemeinsam die Anerkennung der Wahrheit, daß die Gesellschaft nur in der dauernden Unterordnung unter eine höhere stetige Gewalt die persönliche Freiheit des Einzelnen, die sittliche und geistige Entwicklung des Ganzen zu fördern vermag." [3] Eines seiner Hauptwerke [4] leitet er mit der Versicherung einer "entschiedenen Vertretung des Staates gegen die Gesellschaft" ein. Wenn insoweit Stein und Gneist die gleiche geistige Linie hielten, so legten sie doch in der rechtlichen Verwirklichung derselben die Betonung auf völlig verschiedene Gesichtspunkte. Für Stein bestand das Charakteristikum der Selbstverwaltung in der hoheitlichen Selbständigkeit der Selbstverwaltungskörper, in denen den Staatsbürgern eine Beteiligung nur durch Wahl der Organe zukam. Gneist dagegen übt grade hieran schärfste Kritik. [5] Aus seiner Erfahrung und seinen Studien des englischen Verwaltungsrechts wußte er, welchen geringen Einfluß die Wahl auf die Bildung eines wirklichen Staatsbürgertums ausübe. An den Beispielen des englischen Rechts weist er nach, daß allein die Verwaltungsausübung durch die Staatsbürger die Gesellschaft an den Staat binden könne. [6] Immer wieder betont er diesen Gedanken gegenüber der

1) z.B. in "Verwaltung, Justiz, Rechtsweg" S.2
2) Verwaltung, Justiz, Rechtsweg, S.VI
3) Der Rechtsstaat S.15
4) Verwaltung, Justiz, Rechtsweg.
5) z.B. Verwaltung, Justiz, Rechtsweg S.52 ff.
6) " " " " S.VI u. 2, 4, 55, 56

Selbstverwaltung durch Wahl und lehnt ebenso bewußt den Grundsatz korporativer Selbstverwaltung ab: "Da Multiplikation nicht hilft, so versucht die Sozialphilosophie eine Regelung der Wahlen durch Division des Menschheitsstimmrechts nach Gemeinden und Kreisen. Allein leider vermag die Gesellschaft aus sich heraus keinen lebensfähigen Gedanken über Gemeinde=und Kreisverfassung zu finden. Man spricht viel von Selbstbesteuerung, meint aber eigentlich nicht sich selbst zu besteuern, sondern andere. Man redet noch mehr von Selbstverwaltung: Aber jeder will dabei nur beschließen, was andere ausführen sollen. Das wirkliche Selfgovernment besteht aus Verwaltungsgemeinden, durch welche der Staat seine Polizei, Gerichtsverwaltung, Steuern und Militäraushebungen führt. Die Gesellschaft kehrt das um und nennt naiverweise das umgekehrte Ding auch Selbstverwaltung" [1] und "nur die deutsche Gesellschaft in ihrer alten Vorliebe für kommunale Korporationen faßt noch periodische Resolutionen über Selbstverwaltung, die sich immer mehr vereinfachen: "Die Gemeinde wählt auf breitester Basis eine Gemeindevertretung für die Gemeindeangelegenheiten, der Kreis für die Kreisangelegenheiten" usw. Es ist das ein Universalrezept nach den Ideen des alten Naturrechts, gleichpassend für alle Zeiten und Völker. - Der Grund solcher inhaltlosen Beschlüsse ist, weil die Gesellschaft als solche keinen bestimmten Begriff von der öffentlichen Verwaltung hat, wozu notwendig Selbsttun gehört."

Alle Selbstverwaltung erscheint Gneist daher vornehmlich in einem System staatlicher Ehrenämter, die solche Funktionen umfassen, welche sich zur Handhabung im Nachbarverband eignen. Und zwar stellt sie sich rechtlich als ein bestimmter Staatsauftrag an die Kommunen dar: "Entweder in Gestalt einer Kommission, oder eines höheren oder niederen Amtes." [2]

Ein eigenes körperschaftliches Hoheitsrecht ist also bei Gneist für die Selbstverwaltung nicht entscheidend. Auch der finanzielle Unterbau seiner Selbstverwaltung ist ein ganz anderer, als er es bei einer Körperschaft wäre. Die finanzielle Seite der Rechtsfähigkeit ist die Vermögensfähigkeit. Es wurde früher ausgeführt, wie in Preußen sowohl die Beseitigung der Gemeindefreiheit in der Beseitigung der Vermögensfähigkeit der Gemeinden (jus minorum!) und umgekehrt die Wiedereinführung der Selbstverwaltung mit der Wiederherstellung der Vermögensfähigkeit begonnen hatte. Gneist dagegen gibt der Selbstverwaltung als Mittel zur Erfüllung ihrer Aufgaben nur die Erhebung von Gemeindegrundsteuern. Diese Befugnis ist aber wiederum kein subjektives Recht der Gemeinden auf laufende Vermögenseinkünfte; sondern, da alle Selbstverwaltung Staatsverwaltung ist, nur auftragsweise ausgeübte Steuerverwaltung mit der Besonderheit, daß die Steuererträge nicht erst der allgemeinen Staatskasse zugeführt, sondern sofort von der lokalen Grundsteuerbehörde für die örtlichen Verwaltungszwecke verwandt werden.

Demnach definiert Gneist die Selbstverwaltung als "Verwaltung der Kreise und Ortsgemeinden nach den Gesetzen des Landes durch Ehrenämter der höheren und Mittel-

1) Rechtsstaat S.304
2) Verwaltung, Justiz, Rechtsweg S.95

stände mittels Kommunalgrundsteuern." [1]

Wenn Gneist demnach auch die Verleihung der öffentlichen Rechtsfähigkeit an bestimmte Korporationen nicht als spezifisches Merkmal der Selbstverwaltung ansah, so war er sich doch bewußt, daß deren Fehlen im englischen Verwaltungsrecht nicht notwendig auf das deutsche Gemeindeverfassungsrecht übertragen werden mußte. Vielmehr war das englische Recht ihm nur ein Erkenntnismittel, und er betont, daß die Fortbildung der konkreten Einzelinstitute des deutschen Selbstverwaltungsrechts nur auf den vorgefundenen deutschen Verhältnissen fußen könne. [2] Daher übernahm auch die unter seiner Mitarbeit geschaffene preußische Kreisordnung von 1872 das in der deutschen Rechtslehre ausgebildete Institut der öffentlich-rechtlichen Selbstverwaltungskörperschaft (§ 2). Dagegen wird in der Kreisordnung nicht die rechtliche Lösung der Kreisselbstverwaltung aus der Staatsverwaltung vorgenommen, wie sie die Lehre L.v. Steins in ihrer praktischen Auswirkung gebracht hätte. Besonders deutlich wird das bei der Gegenüberstellung der Kreisordnung und der (durch das preußische Zuständigkeitsgesetz abgeänderten) Städteordnung.

Das entscheidende Merkmal ist immer der Umfang der Staatsaufsicht. Der § 83 der St.O. für die Rheinprovinz und der § 15 des Zust.Ges. für die anderen preußischen Provinzen lassen Eingriffe der Aufsichtsbehörden nur zu, wenn Beschlüsse der Gemeindevertretung oder des Gemeindevorstandes gefaßt werden, welche deren Befugnisse überschreiten oder die Gesetze verletzen. Dieselbe Befugnis hat nach § 178 Kr.O. die Aufsichtsbehörde der Kreise; darüber hinaus hat sie nach § 177 a Kr.O. die besondere Pflicht, darüber zu wachen, daß die Kreisverwaltung "im geordneten Gange" gehalten wird. In dieser Generalklausel ist so notwendig wie in jeder Generalklausel die Ermessensfreiheit der Aufsichtsbehörde enthalten und somit auch die Unterordnung der Selbstverwaltungsbeamten unter die Staatsbehörden. Ferner aber ergibt sich die Verbundenheit der kommunalen Kreisverwaltung mit der Staatsverwaltung aus der Stellung des Landrats. Dieser wird im Gegensatz zu dem städtischen Bürgermeister nicht gewählt, sondern vom König ernannt (§ 74 Kr.O.), als königlicher Beamter erhält er somit neben der Staatsverwaltung die Kreiskommunalverwaltung übertragen, während umgekehrt der Bürgermeister als Gemeindeorgan die Verwaltung gewisser Staatsaufgaben führt. Die Bedeutung dieses Konstruktionsunterschiedes liegt auf der Hand. Außerdem aber ist die Stellung des Landrats gegenüber der des Bürgermeisters insofern stärker, als er nicht nur Staatsbeamter und Vorsitzender des kollegialen Kreisvorstandes, sondern auch Vorsitzender der Kreisvertretung war (§ 76 Kr.O.). Er vereinigt infolgedessen die Leitung aller Kreisverwaltung in seiner Hand. Obwohl somit die Unterordnung der Kreis-Selbstverwaltung unter die Staatsverwaltung ihren rechtlich eindeutigen Ausdruck in der Kreisordnung gefunden hatte, hat dies nie die Bedeutung der Kreisselbstverwaltung beeinflussen können. Im Gegenteil ist es bekannt, daß die Kreisverwaltung grade in der Zusammenarbeit mit der Staatsverwaltung im Rah-

1) Selfgovernment II §§ 126 ff.
2) Verwaltung, Justiz, Rechtsweg S.4

men ihrer Kräfte mindestens dieselben Leistungen auf sozialem, kulturellem und wirtschaftlichem Gebiet aufzuweisen hatte wie die städtische Selbstverwaltung.

Andererseits ist gerade sie auch der Bereich, in dem Gneists Grundsatz, die Selbstverwaltung sei vor allem ehrenamtliche Verwaltung, hervorragende Anwendung gefunden hat. Es wird dies bei der Bedeutung des mittelbaren Beamtenbegriffes nach Gneists Lehre nachzuweisen sein.

In der älteren Lehre Gneists, die ausschließlich auf englischen Verhältnissen aufbaut, hätte der Begriff des mittelbaren Beamten keinen Platz haben können. Da dort die Selbstverwaltung unmittelbare Staatsverwaltung war, konnte auch der Beamte der Selbstverwaltung kein mittelbarer Beamter sein. Nicht einmal im landrechtlichen Sinne könnte dabei von einem mittelbaren Beamten gesprochen werden, da der Beamte selbst in seinen persönlichen Ansprüchen nur der Krone gegenüberstand. Infolge der späteren Einbeziehung des deutschen Instituts der öffentlichen Korporation findet jedoch auch in dem Gneistschen Selbstverwaltungsaufbau die Figur des mittelbaren Beamten ihren Platz. Hervorzuheben ist jedoch - wie oben gezeigt wurde -, daß bei Gneist diese Mittelbarkeit nicht die entscheidende Besonderheit des Selbstverwaltungsbeamten darstellte, sondern daß sie für ihn lediglich eine formale - bestenfalls von historischer Pietät getragene Konzession an die Vorliebe der deutschen Gesellschaft für das Korporationswesen bedeutet.

Der Kern der Gneistschen Selbstverwaltungslehre ist der Grundsatz der ehrenamtlichen Ausübung gewisser staatlicher Hoheitsrechte; und somit wird bei ihm der mittelbare Beamte zum Hauptträger der ehrenamtlichen Verwaltung.

Die preußische Kreisordnung ist das Gesetz, das diese Eigenart des mittelbaren Beamten besonders hervorhebt. Grundsätzlich kennt sie nur einen hauptberuflichen Kreiskommunalbeamten, den Kreissekretär. Der Gemeindevorsteher, der Amtsvorsteher, die Mitglieder des Amtsausschusses und Kreisausschusses, der Kreiskommissionen zur Verwaltung einzelner Kreisinstitute (§§ 167, 168) sind grundsätzlich ehrenamtlich.[1] Bei einer Betrachtung über die preußische Verwaltungsreform der Jahre 1867 - 1877 wird gerade dieser Punkt als der tragende Gedanke der Reform bezeichnet, während die Verleihung des öffentlich-rechtlichen Korporationscharakters an die Kreise keine Erwähnung findet.

Es sind zwei Gesichtspunkte, von denen sich Gneist bei seiner Forderung nach der ehrenamtlichen Hoheitsverwaltung leiten läßt:
1. Die staatliche Verwaltung wird durch die Beteiligung von gebildeten Bürgern geistig befruchtet und beweglich gestaltet, und umgekehrt kann die dem Staat von Natur feindliche Gesellschaft nur durch die Mitarbeit an dem Tagewerk des Staates diesem genähert werden. Die weitere Folge für das soziale Leben bestehe darin, daß die in

1) Der Rechtsstaat, S.278 ff.

der objektiven Tätigkeit für den Staat geschulten Kräfte der Gesellschaft wiederum in ihrer Sphäre das Verständnis für die anderen Klassen aufbringen und so die sozialen Spannungen mildern würden.
2. Ehrenamtliche Verwaltung trägt in den streng befehlsunterworfenen Beamtenapparat einen Zug des eigenverantwortlichen Selbstbewußtseins. Gneist hält diese natürliche Unabhängigkeit des Ehrenbeamten für so stark, daß er weitere Sicherungen - etwa durch bloße Gesetzesaufsicht - kaum erwägt. Im Gegenteil stellt er für das englische Self-government fest, daß die Autorität der Zentralverwaltung gegenüber der Selbstverwaltung von Hause aus ebenso weitreichend gewesen sei, wie gegenüber den unmittelbaren Staatsbeamten. [1] Und für Preußen erkennt er als leitenden Reformgedanken die "strengere Unterordnung der provinziellen und örtlichen Exekutive unter die Ministerverwaltung, jedoch mit dem Ehrenamt für die Ortsverwaltung" an. [2]

Allgemein faßt er zusammen: "Es bedarf eben an dieser Stelle eines Personals von gesellschaftlicher Macht und Selbständigkeit, um nach oben hin dem Berufsbeamtentum ein Gegengewicht zu geben, welches jede Parteiregierung mit achtungsvoller Rücksicht zu behandeln gezwungen ist. Es bedarf dafür andererseits der vollen Amtspflicht und des Amtsauftrags vom Staat, um nach unten hin die Stellung der Obrigkeit gegen die Lokalparteien zu wahren." [3]

Zusammengefaßt kann also aus Gneists Selbstverwaltungslehre für den Begriff des mittelbaren Beamten gefolgert werden:
Der mittelbare Beamte ist ein dem Staat voll verantwortliches Organ der rechtsfähigen Lokalverwaltung. Sein besonderes Merkmal erhält er durch die Betonung des ehrenamtlichen Moments, das ihn zum Bindeglied der öffentlichen Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Gesellschaft werden läßt.

4.) Der mittelbare Beamte als Organ der genossenschaftlichen Selbstverwaltung.

Ein drittes großes Lehrgebäude über das Wesen der Selbstverwaltung entwickelt etwa zur selben Zeit wie Stein und Gneist Otto von Gierke. Während jene beiden jedoch ganz bewußt die Selbstverwaltung in die Staatsverwaltung hineinstellten, kehrt Gierke im Ergebnis zu der älteren Lehre der Jahre nach 1848 zurück, wenngleich auch betont werden muß, daß sein ideeller Ausgangspunkt nicht aus der Vorstellungswelt der Paulskirche stammt.

Für ihn ist auch die Gemeinde des 19. Jahrhunderts noch ein Rechtsinstitut des deutschen Genossenschaftswesens.

Als Genossenschaft bezeichnet Gierke einen personenrechtlichen Verband "mehrerer Personen, die mit bestimmten Stücken ihrer Persönlichkeit Teile der Genossenschaftspersönlichkeit geworden sind." [4] Die Gemeinden, insbesondere aber die Städte sind

1) Verwaltung, Justiz, Rechtsweg S.137
2) Rechtsstaat S.291, 294
3) " S.287
4) Das deutsche Genossenschaftsrecht II S.869 1. Aufl.

für ihn Genossenschaften, die sich von anderen Genossenschaften dadurch unterscheiden, daß sie mit ihrer objektiven Grundlage dem Stadtgebiet besonders verwachsen sind. [1] Die Städte aber seien schon frühzeitig über das Gebilde eines personenrechtlichen Verbandes zu einer selbständigen unsichtbaren Einheit hinausgewachsen, die obwohl sie das genossenschaftliche Element nie verloren hätte, doch stets von dem sie gerade bildenden Personenverband unabhängig gewesen sei. Auf sie passe am besten der deutsche Begriff des "Gemeinwesens"; als ein solches sei sie stets und grundsätzlich eine Persönlichkeit des öffentlichen Rechts. [2] Diese Grundanschauung von der Gemeinde hält er ausdrücklich auch für die Gemeinde des ausgehenden 19. Jahrhunderts aufrecht. Er führt aus: "ihrem Wesen nach muß die Gemeinde als ein genossenschaftliches Gemeinwesen anerkannt werden, das nach unten Allgemeinheit, nach oben Teil einer höheren Allgemeinheit, gegenüber Individuen ein Individuum ist. So wenig die Gemeinde wieder ein mittelalterlicher Staat im Staate werden kann, so wenig kann sie eine Staatsanstalt mit verliehener juristischer Persönlichkeit bleiben. Ihr kommt eine eigene originäre Persönlichkeit zu, welche der Staat so wenig wie die des Staatsbürgers schafft, wohl aber ebenso wie die des Staatsbürgers zu rechtlicher Geltung bringt, begrenzt und sich dienstbar macht. Im öffentlichen Recht ist die Gemeindepersönlichkeit Glied höherer Organismen .....; nach der anderen Seite aber ist sie für ihre Glieder eine Allgemeinheit und als solche Quelle eines ihren besonderen Kreis beherrschenden öffentlichen Rechts und Trägerin einer eigenen öffentlichen Gewalt." [3]

Als Teile ihrer öffentlichen Gewalt bezeichnet er die gesamte Ortspolizei, das gesamte Volksschulwesen, die Armenfürsorge und vor allem die Autonomie; denn "Selbstverwaltung nach fremdem Gesetz sei nur halbe Freiheit". [4] Hinsichtlich dieser dürfe der Staat das Recht der Gemeinde nur soweit beschränken, als zur Abgrenzung ihrer Rechte unbedingt erforderlich sei, ihr inneres Verfassungsrecht aber müsse sie nach eigenem Ermessen setzen dürfen.

Die sich selbst verwaltende Gemeinde ist also bei Gierke ein mit ursprünglicher Herrschergewalt ausgestattetes Gemeinwesen, ähnlich dem Staat, in den sie sich als Ganzes ohne Verminderung ihrer Rechte dienend einfügt.

Aus diesem sehr eindeutigen Selbstverwaltungsbegriff ergibt sich unschwer die rechtliche Natur des mittelbaren Beamten im Sinne Gierkes.

Daß jener ebenso wie bei Stein und Gneist formal das Organ einer selbständigen öffentlichen Rechtspersönlichkeit ist, bedarf keiner besonderen Erwähnung. Einig mit Stein ist Gierke auch insoweit, als er den mittelbaren Beamten aus der dienstlichen Unterordnung unter die Staatsaufsichtsbehörde lösen will. Auch er fordert die Aus-

1) Das deutsche Genossenschaftsrecht II S.820,870
2) " " " II S.820 ff.
3) Gen.R. I, S.759
4) Genossenschaftsrecht I § 57

schaltung der Ermessensentscheidung in der Aufsichtsinstanz und deren Beschränkung auf eine meßbare Gesetzesaufsicht: "und in Ausnahmefällen ein tätiges Eingreifen in die Selbstverwaltung auf Grund eines gesetzlich normierten Anstoßes unter gesetzlich normierten Voraussetzungen sind unentbehrliche Befugnisse des Staates gegen die Gemeinde." 1)

Gierke geht aber in der Lösung des mittelbaren Beamten aus dem staatlichen Beamtengefüge noch in drei Punkten über Stein hinaus. Diese ergeben sich aus seiner Annahme einer ursprünglichen Hoheitssphäre der Gemeinde:

1. Die Aufgaben des mittelbaren Beamten sind nicht nur formalrechtlich, sondern auch nach ihrer inneren Natur nichtstaatlich.

Bei Stein ist der Oberbegriff alles nicht-privaten Lebens der Staat. Dieser trete nach außen nur in zwei verschiedenen Erscheinungen auf, nämlich in dem Bilde der Einheit und dem der Besonderheit angepaßten Einheit.

Bei Gierke ist der Oberbegriff alles nichtindividuellen Lebens das öffentliche Leben des Volkes, das sich jedoch in verschiedene Rechtskreise teile. Eine dieser Sphären ist die alles umfassende staatliche Einheit, eine grundsätzlich andere die der örtlichen Genossenschaft.

Hat sonach bei Gierke die Selbstverwaltungskörperschaft substantiell andere Aufgaben als der Staat, so verlieren die mittelbaren und die unmittelbaren Beamten auch die Gemeinsamkeit desselben Dienstzweckes.

2. Noch einschneidendere Wirkung hätte aber die Erfüllung der wieteren Forderung Gierkes haben müssen, alle Personal- und Realunionen zwischen Staats- und Gemeindeämtern zu beseitigen. 2) Die verwaltungspolitische Bedeutung dieser Forderung ist hier nicht zu untersuchen. Jedoch ist sie begrifflich insofern erwähnenswert, als sie zeigt, daß die genossenschaftliche Konstruktion Gierkes die Konsequenz mit sich brachte, generationenlang zusammengewachsenen Aufgabenbereiche unvereinbar erscheinen zu lassen.

3. War sonach in Gierkes Lehre die dienstliche Unterordnung des mittelbaren Beamten unter den Staat, die Gemeinsamkeit desselben Dienstzweckes mit den unmittelbaren Beamten und schließlich auch der tatsächliche Zusammenhang mit dem Staat durch Amtsunionen gelöst, so mußte notwendig auch die Disziplinargewalt des Staates über die mittelbaren Beamten verneint werden, da diese nur ein Ausfluß der staatlichen Dienstheheit ist. Tatsächlich deutet Gierke auch diese letzte Konsequenz an. 3)

Es wäre angesichts dieser vollständigen rechtlichen und tatsächlichen Lösung des mittelbaren Beamten vom Staat die Frage angezeigt, worin noch eine Mittelbarkeit bestanden hätte. Formalbegrifflich hätte die Rechtsfigur des mittelbaren Beamten in dem Lehrgebäude Gierkes auch keinen Platz. Aber wie dieses selbst völlig im ideellen

1) Gen.R.I S.763
2) Gen.R.I S.761
3) Gen.R.I S.761

wurzelt, so ist auch die ideelle Bindung der Selbstverwaltung und ihrer Organe an den Staat ein genügendes Gegengewicht gegen die rechtlichen Scheidungen, die Gierke konstruiert. Seine Selbstverwaltung hat keine Spitze gegen den Staat, sondern sie ordnet sich in die höhere Einheit des Staates ein. In diesem organischen Gefüge wird auch die Verbindung des Gliedorgans mit dem Ganzen wiederhergestellt.

5. Die Bedeutung der Lehren Steins, Gneists und Gierkes für die spätere Rechtsentwicklung.

Die hier eingehender behandelten Lehrsysteme haben für die Rechtslehre der Folgezeit die Grundlagen geschaffen. Allerdings ist ihr Einfluß verschieden groß gewesen.

Die geringste praktische Bedeutung hat die Lehre Gierkes erlangt. Zwar wurde sie von dem Juden Preuß in breiten Ausführungen kopiert [1] und gelangte durch diesen auch in der Anerkennung eines Grundrechtes auf Selbstverwaltung in die Weimarer Verfassung; aber mit Ausnahme Rosins [2] hat sie sonst in der Wissenschaft und noch weniger in der Praxis Anklang gefunden. Kein einziges der von Gierke geforderten "natürlichen" Hoheitsrechte ist den Gemeinden gewährt worden. Der Irrtum der Genossenschaftslehre lag zutiefst darin, daß sie außerhalb des Staates noch Bindungen sah, wo keine mehr bestanden, oder die - wo sie noch vorhanden waren - grade vom Liberalismus und der in jener Zeit alle örtlichen und landschaftlichen Zusammenhänge überflutenden Industrialisierung zerstört wurden. Außerdem verkannte Gierke ein juristisch entscheidendes Moment: Ein Recht kann kein originäres Recht sein, wenn dasselbe bereits einmal vom Staat entzogen war und dann von diesem unter dem Vorbehalt der gesetzlichen Änderung zurückgewährt wurde. Bedeutungsvoll ist die Lehre Gierkes nur mittelbar insofern geworden, als sie der späteren Lehre im Ergebnis eine gewichtige Stütze für den Grundsatz der Freiheit des Selbstverwaltungsorgans von der Staatsverwaltung gegeben hat.

Gneist hat zu seiner Zeit die breiteste Anerkennung gefunden. [3] Sein erster Gegner, der Jude Laband, gibt ausdrücklich zu, daß Gneists Lehre die schlechthin herrschende sei. [4] Noch bis heute wirken seine Gedanken in der geltenden Kreisverfassung nach. Aber darüber hinaus ist ihm ein dauernder Erfolg versagt geblieben. Von dem mit Laband beginnenden Rechtspositivismus wurde Gneists Lehre mit dem Schlagwort abgetan, sie habe nur einen unjuristischen, politischen Selbstverwaltungsbegriff geschaffen. Erst in der allerletzten Periode der liberalen Rechtswissenschaft wurde beiläufig zugegeben, daß die Unterscheidung zwischen einem juristischen und politischen Begriff der Selbstverwaltung willkürlich sei, da rechtlich alles das sei, was vom Recht geordnet, und politisch alles das sei, was politische Bedeutung habe. Mithin sei der Selbstverwaltungsbegriff Gneists ebenso ein Rechtsbegriff, wie der L. v. Steins (und der ihm folgenden positivistischen Theorien) ein politischer Begriff sei. [5]

1) Städtisches Amtsrecht in Preußen.
2) Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung S.36 ff
3) z.B. Löning "Verwaltungsrecht" S.35 ff. G.Meyer "Staatsrecht" S.280, v.Sarwey- "Staatsrecht des Königreichs Württemberg" II S.259
4) Laband "Staatsrecht 2. Aufl. I S.94 ff.
5) O. Bühler Hdb.d.D.St.R.v. Anschütz-Thoma I S.697

Dieser Erledigung eines 40 Jahre lang geltenden Axioms braucht an dieser Stelle nichts hinzugefügt zu werden. Die juristische Selbstverständlichkeit jenes Einwandes gegen die Gegner Gneists ergibt nur, daß es diesen nicht auf die rechtliche Widerlegung, sondern auf die politische Unschädlichmachung seiner Lehre ankam. Nicht Arbeit und Aufbau im Staat forderte der Liberalismus, sondern Besitz staatlicher Gewalt und Rechte gegen den Staat. [1]

Beide Ziele waren ohne Arbeitsaufwand erreicht, wenn die Staatsgewalt durch Verselbständigung der lokalen Exekutivorgane geteilt und durch Wahlparlamente von der Volkszustimmung abhängig gemacht wurde. Um Gneists Widerstand gegen diese Methoden aus dem Felde zu schlagen, wurde seine Lehre als nur politisch für das Rechtsleben neutralisiert.

Den größten Einfluß auf die folgende Selbstverwaltungslehre hatte L. v. Stein. Seine Konstruktionen der juristischen Person des ö.R. und der Gesetzesaufsicht eigneten sich einmal für die dem Staat feindlichen Kräfte besonders gut dazu, ihre Bestrebungen nach Teilung der Staatgewalt juristisch zu tarnen, ohne einer romantischen Verkennung der staatsrechtlichen Entwicklung des letzten Jahrhunderts geziehen zu werden, wie dies der Lehre Gierkes widerfuhr. [2] Andererseits zeigte sie der Gesetzgebung den formalen Weg, den sie bei der oft praktisch zweckmäßigen Sonderung gewisser Staatsaufgaben aus den zu beschränkt gewordenen Verwaltungsressorts beschreiten konnte. Schließlich gab sie der Rechtsprechung und der Wissenschaft, die unter den nach Art und Umfang immer weiter gespannten öffentlichen Aufgaben und Einrichtungen nach einheitlichen Prinzipien suchten, ein Mittel hierzu an die Hand. In dem konstruktiven Begriff der juristischen Person des ö.R. fand neben der alten städtischen Korporation die staatliche Schöpfung des Kreis= und Provinzial=Kommunalverbandes ihren Platz; neben den alten Deichverbänden die zahlreichen neuen verwaltungsrechtlichen Zweckinstitute der Schulverbände, Wasserverbände, Wegeverbände usw.; neben den alten Kreditinstituten der Land- und Stadtschaften die neuen großen Anstalten des sozialen Versicherungsrechts; große wirtschaftliche Versorgungsunternehmen ebenso wie Einrichtungen zur Pflege geistiger Kulturbestrebungen.

D. Der Positivismus.

Diese beispielhafte Aufzählung einiger der vielen unter den Begriff des öffentlich-rechtlichen Selbstverwaltungskörpers gestellten Institute zeigt auch den Unterschied zur Lehre L. von Steins. Während dieser ausdrücklich als "Selbstverwaltung" nur die eigene Verwaltung natürlich zusammengewachsener und dauerhafter Verbände bezeichnet, wird nun unter dem Begriff der "Selbstverwaltung" auch die Verwaltung zahlreicher lediglich aus vorübergehenden Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten mit eigenen Rechten ausgestatteten Verwaltungsbehörden verstanden. War bei Stein die juristische Person des öffentlichen Rechts nur eine zweckmäßige Form für einen sachlich ganz kon=

1) Vergl. hierzu die Äußerung d. Juden G. Jellinek: "Anteil zu erringen an der Ausübung der Staatsgewalt, ist in unseren Zeiten der innerste Zug der Kämpfe der beherrschten Klassen" (System d.s.ö.R. S.287)

2) Jellinek "System" S.287

kreten Inhalt, so wird nun die Form mit einem Inhalt identifiziert, der je nach Belieben ausgeweitet und beschränkt werden kann. Jede Einrichtung, der das Gesetz die Befugnisse einer juristischen Person des öffentlichen Rechts gewährt, wird ein Selbstverwaltungskörper. Und jeder Beamte dieser Selbstverwaltungskorporation wird nunmehr "mittelbarer Beamter".

a) Diese, also auch in der Selbstverwaltungslehre rein positivistische Auffassung trägt zuerst der jüdische Staatsrechtslehrer Laband in betonter Zuspitzung gegen Gneist (s.o.) vor. [1] Typisch ist bei ihm bereits der Ausgangspunkt seiner "rein rechtlichen" Begriffsprägung: Selbstverwaltung sei in Wortauslegung der Gegensatz zum Verwaltetwerden; und zwar bedeute sie positiv die eigene Verwaltung aller mit eigener öffentlicher Gewalt ausgestatteten Behörden, Personen, Korporationen im Gegensatz zur Verwaltung durch den souveränen Staat. Daher sei dieser auch die einzige Institution des öffentlichen Rechts, die begrifflich nicht Selbstverwaltungskörper sein könne. "Selbstverwaltung" sei demnach "diejenige obrigkeitliche Verwaltung, welche nicht durch Behörden und Beamte des Staates..... sondern durch ihm zwar untergeordnete, aber innerhalb ihres Wirkungskreises selbständige Korporationen oder Einzelpersonen ausgeübt wird." [2] Es fehlt somit jede sachliche Erwähnung spezifischer Selbstverwaltungsaufgaben. Unmaßgeblich ist für den Begriff auch, daß er nach deutscher Rechtsanschauung (s.o. L.v.St.) die Qualifikation des Selbstverwaltungsträgers als einer natürlichen Gliederung des Volkes erfordert. Schließlich lehnt es Laband ausdrücklich ab, der Selbstverwaltung einen bestimmten rechtspolitischen Zweck zugrunde zu legen oder einen solchen in den Begriff aufzunehmen. Insbesondere sei es keine charakteristische Bestimmung der Selbstverwaltung, die Gesellschaft an den Staat heranzuziehen. Sie sei kein Zwischenbau zwischen Staat und Gesellschaft, sondern ein Zwischenbau zwischen Staat und Untertan. Ob der Untertan an der Selbstverwaltung beteiligt sei, sei ebenfalls völlig unbeachtlich; er stehe in jedem Fall dem Selbstverwaltungskörper ebenso wie dem Staat als Untertan gegenüber. Das einzige Kriterium der Selbstverwaltung ist hier also das formale Moment der Verwaltung im eigenen Namen, nicht im Namen des Staats. Von dieser vollkommenen Entleerung des Begriffs der Selbstverwaltung ist die Rechtswissenschaft bis zur letzten Verfallsperiode des Liberalismus nicht mehr freigekommen. Laband schließen sich alsbald Garcis [3], Gaupp [4], Rosin [5], Blodig [6] und später Anschütz [7] an. Auch Zorn, der wenigstens für den Begriff des "mittelbaren Beamten" noch einen sachlich besonderen

1) St.R. II. Aufl. I S.96 ff.
2) St.R. II. Aufl. I S.96 ff.
3) Allg.St.R. § 32
4) Württemb. St.R. § 27, S.85
5) Hirths Annalen 1883 S.3o5 ff.
6) " die S. als Rechtsbegriff" S.14
7) Meyer-Anschütz "D.St.R." 7. Aufl.S.575 Anm.2

Aufgabenkreis fordert, und dadurch in scharfen Gegensatz zu Laband gerät (s. S.64) macht sich die Lehre Labands zu eigen und nennt die Ausführungen Labands "die besten und fruchtbarsten Partien seines Werkes". [1] Einen gewissen Höhepunkt erreicht die Begriffsentleerung bei Otto Mayer [2], der die Gemeinde eine zur juristischen Person des öffentlichen Rechts erhobene Gemeinschaft nennt, "die auf der örtlichen Zusammenordnung der Wohnstätten" beruht.

b) Den eindeutigen politischen Gehalt dieser "rein juristischen" Selbstverwaltungslehre enthüllt schließlich G. Jellinek [3], der den Ton des Rechts auf Selbstverwaltung nicht so sehr auf die Ausübung öffentlicher Verwaltung in eigenen Namen legt, sondern dem Selbstverwaltungsrecht die betonte Wendung gegen den Staat gibt: Kampf der unterdrückten Klassen gegen den Staat um den Besitz der Staatsgewalt einerseits und "ein großartiger Prozeß der Selbsteinschränkung" der Staatsgewalt zugunsten der dem Individuum gleichgestellten Gemeinde andererseits.

Allerdings findet Jellinek mit dieser Auslegung des Rechts auf Selbstverwaltung bei einer Anzahl deutscher Rechtslehrer keine Gefolgschaft. So betont Rosin in einer späteren Schrift [4], daß die Selbstverwaltung vor allem in einer dem Selbstverwaltungskörper gegenüber dem Staat bestehenden Verpflichtung zur ordentlichen Führung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt bestehe. Diese Definition nimmt auch Triepel [5] an, der auch noch die ideelle Grundlage aller Selbstverwaltung - nämlich die Anteilnahme der Einzelnen am Gesamtwohl - hervorhebt. Bemerkenswert ist schließlich in dieser Hinsicht der deutsche Rechtslehrer des liberalen vornationalsozialistischen Staatsrechts, der den Selbstverwaltungsbegriff als letzter besonders eingehend und systematisch untersucht hat, Hans Peters. Peters sieht in der Selbstverwaltung ebenfalls nicht ein Recht gegen den Staat, sondern die selbständige Verwaltung staatlicher Aufgaben in Eigenverantwortung gegenüber dem Staat. [6] Er betont daher auch mit Nachdruck, daß es rechtlich nicht möglich und politisch gefährlich sei, den Tendenzen nach einer Trennung der Selbstverwaltungskörperschaften vom Staat als der Repräsentation der Volkseinheit stattzugeben. [7] Wesentlich ist bei Peters insbesondere, daß er für die Beschränkung des Selbstverwaltungsbegriffs auf das formale Kriterium der Selbständigkeit keine nur begriffstechnische Begründung gibt, sondern zum ersten Mal wieder den tatsächlichen Aufgabenbereich der kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften auf seinen Wert für eine begriffliche Definierung der Selbstverwaltung untersucht.

Trotzdem also ein Teil der deutschen Rechtslehre eine Richtung der Selbstverwaltung

---

1) St.R. des deutschen Reichs II. Aufl. I. 109 [4]
2) D.Verw.R. II/352 2. Aufl.
3) " System " S.287
4) " das R.d.öff. Genossenschaft " 1886, S.18 ff.
5) "Staatsdienst u.staatl.gebundener Beruf" i.Festschrift für Karl Binding II/83
6) "Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung", S.35
7) "Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung", S.126

gegen die Staatseinheit nachdrücklich ablehnt, ist doch die gesamte deutsche Rechtswissenschaft im Ausgang des liberalen Staats darüber einig, daß die Selbstverwaltung sich allein dadurch von der allgemeinen Staatsverwaltung unterscheide, daß bestimmte Körperschaften, Anstalten und Stiftungen staatliche Verwaltung im eigenen Namen ausüben können. Alle sonstigen sachlichen Merkmale, die von Stein, Gneist und Gierke aufgestellt waren, insbesondere ein natürlicher eigener Aufgabenkreis, historisches deutsches Gewohnheitsrecht, überwiegende Verwaltung durch Ehrenämter, Vereinigung von Staat und Gesellschaft sind gefallen. Die "Selbstverwaltung" hat nicht mehr zum Inhalt, als das formale "Recht auf Selbstverwaltung". Infolgedessen war auch das Grundrecht der Gemeinden auf Selbstverwaltung [1] tatsächlich ein "leerlaufendes" Institut der Weimarer Verfassung. Da weder verfassungsmäßig noch nach der Rechtsüberzeugung von Wissenschaft und Praxis feststand, welche Aufgaben notwendig Selbstverwaltungsaufgaben seien, konnte praktisch doch jedes einfache Gesetz jede Gemeindeaufgabe zur Staatsangelegenheit machen. [2]

c) Die im Ganzen einheitliche Lehre von der Selbstverwaltung mußte sich - wie bei jedem so abstrakt inhaltlos formulierten Begriff - sofort spalten, wenn es darum ging, bestimmte konkrete Ableitungen aus dem Begriff zu ziehen. Daher war auch der Begriff des "mittelbaren Beamten" praktisch stärker umstritten als der Selbstverwaltungsbegriff. Teilweise wurde sein Gebrauch grundsätzlich abgelehnt, [3] da er - wie Anschütz sagt - zum Staat nicht in einem mittelbaren, sondern in gar keinem Dienstverhältnis stehe. Diese Lehre zieht also die bereits früher bei der Lehre L. von Steins angedeuteten Konsequenzen aus der Aufhebung des besonderen Gewaltverhältnisses zum Staat. An sich ist diese Anschauung die folgerichtigste Ableitung aus dem formalisierten Selbstverwaltungsbegriff. Wenn für diesen die eigene Rechtssubjektivität das einzige rechtliche Kriterium ist, so müssen auch bei den Selbstverwaltungsorganen rechtsbegrifflich alle tatsächlichen und ideellen Verbindungen mit dem Staat ausscheiden. Es kann dann nur Staatsbeamte, Gemeindebeamte, Versicherungsbeamte, Deichbeamte usw. geben. So weit ging indessen die herrschende Lehre und Praxis nicht. Aus ihrer Anschauung, daß die Selbstverwaltungskörper als Ganzes in den Staat eingegliedert seien, folgert sie, daß damit auch für deren Organe ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis zum Staat vermittelt werde. [4] Einig ist sich die Lehre auch darin, daß dieses mittelbare Rechtsverhältnis zum Staat keine dienstliche Unterordnung unter die staatliche Aufsichtsbehörde enthalte. [5] Es folgt dies so notwendig aus der meßbaren Gesetzesaufsicht des Staates über die rechtsfähigen Selbstverwaltungskörper, daß Zweifel insoweit

---

1) Art.127, W.V.

2) Anschütz "die Verfassung d.D. Reichs" 14. Aufl. Art.127, Anm.1

3) Anschütz i. Mayer-Anschütz "D.St.R. 7.Aufl. S.578 [a], O. Mayer Verw.R. I S.400 [22].

4) vergl.insb. Peters S.125 ff; v.Mangolt "das Aufsichtsrecht des Staates über die Kommunalverbände" Gött.Disst.1913, S.129; Rheinbaben "die preuß. Discipl.Gesetze" II.Aufl.S.24 ff; Brand B.R.III.Aufl.§ 7

5) Vergl.insbes. Peters S.131/132[1].

nicht mehr erhoben werden. Der ideelle Vorbehalt, den noch L.v. Stein machte, war selbstverständlich mit allen ähnlichen "metajuristischen" Bestandteilen der älteren Selbstverwaltungslehre gefallen.

Fraglich wurde jedoch folgender Punkt:
Wenn ein Gewaltverhältnis nur zwischen dem mittelbaren Beamten und dem Selbstverwaltungskörper bestehen sollte, so mußte dieser jedenfalls die Fähigkeit besitzen, Dienstherr zu sein. Otto Mayer hat als einziger diese Frage als grundsätzliches Problem aufgeworfen.[1] Er geht von dem Gedanken aus, daß das besondere Gewaltverhältnis im Kern ein besonderes Treuverhältnis bedeute. Er folgert mit Recht weiter, daß ein Treuverhältnis, das auf der Opferwilligkeit des Beamten beruhe, nur zwischen dem Beamten und einem wirklichen Gemeinwesen, d.h. dem Staat, den Kommunalverbänden und Kirchen bestehen könne. Alle übrigen Beamten ständen infolgedessen nicht im Dienst von Genossenschaften, Anstalten, Stiftungen, sondern derjenigen Gemeinwesen, die jenen die öffentliche Rechtsfähigkeit verliehen hätten. Der sachliche Gehalt dieser Lehre bedarf keines besonderen Zusatzes. Dennoch wurde sie von fast der gesamten übrigen Wissenschaft und Praxis stillschweigend übergangen. Nur W. Jellinek [2] stellt fest, daß nach preußischem Recht so gut wie allen jur. Personen des ö.R. die Dienstherrnfähigkeit zuerkannt werde. Soweit diese Ansicht auf § 69/II/1o A.L.R. gestützt wurde, war die Begründung falsch. Denn das A.L.R. kannte als Dienstherrn jedenfalls nie eine Anstalt, sondern ein echtes Gemeinwesen, den Staat. In Wahrheit konnte man ein unmittelbares Treuverhältnis des Anstaltsbeamten zur Anstalt überhaupt nicht annehmen, oder hätte für die fingierte juristische Person auch ein fingiertes Treuverhältnis konstruieren müssen. Die Unmöglichkeit einer solchen Fiktion zeigt die Richtigkeit der These L.v. Steins, daß jede Ausdehnung des Selbstverwaltungsbegriffes auf bloß verselbständigte Staatsaufgaben gewaltsamen Charakter habe.

Wenn jedoch nach herrschender Ansicht allen jur. Personen des ö.R. Dienstherrnfähigkeit zukam, so mußte nach der rechts-staatlichen Selbstverwaltungslehre mittelbarer Beamter jeder dem Staat nicht untergeordnete Beamte der jur. Personen des ö.R. sein.

Hiermit vertrugen sich jedoch zwei positivrechtliche Regelungen nicht.
Zunächst war nach den preußischen Disziplinargesetzen die Disziplinargewalt Staatssache. Die Disziplinargewalt ist ein besonders deutliches Kennzeichen der rechtlichen Überordnung.[3] Infolgedessen hätte die These, der mittelbare Beamte sei nicht Untergebener des Staates, falsch sein müssen. Die Wissenschaft ging dieser Konsequenz aus dem Weg, indem sie die Disziplinarstrafe als ein Mittel der Rechtsaufsicht des Staates konstruierte. Allerdings übersah man dabei, daß die Dienststrafe nicht nur dienstliche Rechtsverletzungen, sondern insbesondere auch unwürdiges persönliches Verhalten in und außer Dienst zu treffen bestimmt war.

1) Vergl. "D.Verw.R." 3. Aufl. 1/138
2) Anschütz-Thoma "Handbuch des Deutschen Staatsrechts" II S.23
3) s. auch S.76

Ein weiterer Widerspruch zu der Lehre, daß der mittelbare Beamte nicht Untergebener der staatlichen Aufsichtsbehörde sei, lag in der Tatsache, daß nach preußischem Recht gewisse Staatsaufgaben mittelbaren Beamten auftragsweise zur Ausübung überlassen waren und daß andere Staatsaufgaben den Selbstverwaltungskörpern als solchen zur Ausübung übertragen waren. Beide Fälle faßt man gewöhnlich als den übertragenen Wirkungskreis der Gemeinden usw. zusammen. Das bekannteste Beispiel für den ersten Fall bildet die Übertragung der Ortspolizei an die Bürgermeister, ein Beispiel für den zweiten Fall gibt die Verpflichtung der Gemeinden zur Aufbringung der Polizeikosten und zur Stellung von Beamten für den Polizeidienst. Beide Fälle haben gemeinsam, daß die betreffenden Beamten - soweit sie den Polizeidienst versehen - in dienstlicher Unterordnung zum Staat stehen, obwohl sie von der Gemeinde angestellt und besoldet werden.

d) Zur Überbrückung dieses Widerspruchs kam die Wissenschaft schließlich dazu, 3 Gruppen von mittelbaren Beamten zu unterscheiden: [1]

I Solche, die der vorher gegebenen Definition und damit dem rechtsstaatlichen Begriff der Selbstverwaltung entsprachen.

II Diejenigen, die in einem Teil ihrer Tätigkeit ebenfalls diesen Charakter trugen, in einem anderen Teil aber in dienstlicher Unterordnung zum Staat standen und insoweit mittelbare Beamte im Sinne des A.L.R. waren.

III Solche, die nur dem Staat, nicht aber ihrem unmittelbaren Dienstherrn untergeordnet waren und somit dem mittelbaren Beamten des Landrechts vollkommen entsprachen.

Wenn man davon absieht, daß der Vergleich mit dem Landrecht insofern falsch war, als dasselbe das Verhältnis zwischen dem mittelbaren Beamten und der ihn anstellenden Korporation als privatrechtliches ansah, so gibt doch grade die dargestellte Unterscheidung zu erkennen, wie leer der Begriff des mittelbaren Beamten jetzt geworden war. Zu den Punkten, die den strengen hoheitlichen Kern des Beamtenrechtsverhältnisses ausmachen, nämlich zu den Fragen, in wessen Namen der Beamte tätig wird, und wem er verantwortlich ist, konnte der Begriff nichts aussagen; vielmehr faßte er grade darin die größten Widersprüche in sich zusammen. Sogar das einzige sachliche Merkmal der liberalen Selbstverwaltung, nämlich die Unterordnung unter die bloße Gesetzesaufsicht, hatte für den Begriff des mittelbaren Beamten keinen Wert. Immerhin hatte er insofern einen gewissen sachlichen Gehalt, als ihm in der Dienstherrschaft eines Selbstverwaltungsträgers über alle drei Kategorien "seiner" Beamten ein einheitliches Merkmal innezuwohnen schien. Jene wirkte sich praktisch in gewissen, nicht unbedeutenden Unterschieden zu den persönlichen Rechten der unmittelbaren Beamten aus. [2]

1) Peters "Grenzen" S.126

2) Vergl.z.B. § 95 Preuß.Disz.G.v.1852 und Kommentar v. Brand 1929 Anm.5 - §§ 68, 134 KreisO. - § 2o Zuständigkeitsgesetz - §§ 17,58,61 St.O.v.1853 - §§ 6,7,8,9, 11,14,18,21 Kom.B.Ges.

Aber auch dieses Merkmal büßte seinen Wert bei näherer Untersuchung ein. Anlaß dazu gab die Frage, welchem Verband ein Beamter im Einzelfall angehöre. Die sachlich am meisten befriedigende Lösung wäre zweifellos die gewesen, den Beamten dem Verband zu unterstellen, dessen Aufgaben er wahrnahm. Diese Ansicht vertritt Zorn.[1)]

Hiergegen wurde jedoch geltend gemacht, daß die Gesetze nur in seltenen Fällen ausdrücklich Befugnisse als solche des Staates und des Selbstverwaltungskörpers bezeichneten, [2)] und daß bei Anerkennung dieser Ansicht zahlreiche Gruppen von Beamten, die bisher zweifellos als mittelbare Beamte gegolten hätten, zu unmittelbaren Beamten werden müßten. Ein größerer Teil der Lehre vertritt dieselbe Ansicht in der weiteren Form, daß die Wahrnehmung auch der übertragenen Aufgaben der Selbstverwaltungskörper das betreffende Selbstverwaltungsorgan zum mittelbaren Beamten machen müsse. [3)] Auch das preußische O.V.G. folgt dieser Lehre. Aber auch bei Anerkennung dieser Ansicht konnte es bei wichtigen Aufgabenbereichen fraglich erscheinen, ob diese den Selbstverwaltungskörpern überlassen waren. (Vor allem das kommunale Schulwesen.) Insbesondere aber wäre man durch diese Lehre in den denkbar schärfsten Widerspruch zu der rechtsstaatlichen Selbstverwaltungslehre geraten. Die Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises sind ihrer Natur nach staatlich, und ihre Ausübung erfolgt in dienstlicher Unterordnung unter die Staatsbehörden. Hätte man also die Ausübung dieser Aufgaben ebenfalls zu einem Kriterium des mittelbaren Beamten erhoben, so wäre über den Umweg über die Selbstverwaltungsorgane der Grundsatz der meßbaren Gesetzesaufsicht durchbrochen worden. Schließlich wurde auch vorgebracht, daß es zahlreiche Fälle gebe, in denen Aufgaben der Selbstverwaltungskörper nicht von deren Beamten, sondern von Staatsbeamten durchgeführt würden.[4)]

Die herrschende Ansicht legte daher nur darauf Gewicht, in wessen Diensten der Beamte stände, d.h. wer ihn anstelle und besolde. [5)]

Vor allem folgte das Reichsgericht dieser Lehre. Z.B. stellt das RG. in einer Entscheidung [6)] fest, daß die Lehrer an kommunalen Mittelschulen, Fortbildungs- und höheren Schulen, rechtlich zu den Gemeindebeamten gehörten, weil ihre Anstellung und Besoldung von den Gemeinden vorgenommen werde.[7)] Die Tatsache, daß die Einrichtung derartiger Schulen dem freien Willen der Gemeinde überlassen und somit deren eigene

1) Rechtsgutachten: "Beiträge zur staatsrechtlichen Stellung der Direktoren und Oberlehrer an den preuß. höheren Lehranstalten kommunalen Patronats." (Preuß. Verwaltungsblatt 31 S.538).
2) Rheinbaben "Die preuß. Disziplinargesetze" 2. Aufl.S.24 ff.
3) Preuß "Städt.Amtsrecht" S.257 Giese "Der Beamtencharakter der Direktoren und Oberlehrer" 2. Aufl.S.1o3.
4) Vergl. die Aufzählung bei Meyer-Anschütz 7. Aufl.S.578 ff. und Anschütz "Preuß. Verfassung" I S.328 u.427.
5) Laband, Rechtsgutachten im Preuß.Verwaltungsblatt 31 S.54o - Brand "Beamtenrecht 3.Aufl.S.32 Rheinbaben a.a.O. S.24 ff.
6) Pr.Verw.Bl.42/242
7) S. auch RG. 97/315, 84, 34

Aufgabe sei, wertet das RG. als ein lediglich noch hinzutretendes tatsächliches Moment. Das RG. sieht sich jedoch mit dieser Entscheidung im Widerspruch zu dem landrechtlichen Grundsatz, daß die Schulen Veranstaltungen des Staates seien [1] und den Lehrern die Rechte der unmittelbaren Beamten zustehen.[2] Es verläßt trotzdem seinen rechtlichen Ausgangspunkt nicht und konstruiert an diesem Beispiel eine 4. Gruppe mittelbarer Beamter: Nämlich die Gemeindebeamten eigener Art, d.h. solche, die zwar Gemeindebeamte sind, aber den Charakter von Staatsbeamten haben.[3]

Daraus erhellt nun aber, daß auch die persönliche Dienstherrschaft des Selbstverwaltungskörpers über "seine" Beamten kein unbedingtes Kriterium des mittelbaren Beamten war. Vielmehr beschränkte sich schließlich das Wesen des mittelbaren Beamtentums nach der herrschenden Ansicht lediglich auf das völlig formale Moment, in wessen Namen die Anstellung und von wem die Bezahlung erfolge.

Jedoch waren selbst diese formalen Merkmale des mittelbaren Beamtenbegriffs schließlich nicht in jedem Falle haltbar. Mit Recht wurde darauf hingewiesen, daß jedenfalls die Art der Besoldungsstelle unmaßgeblich sein müsse, weil anderenfalls die Volksschullehrer Beamte der Landesschulkasse wären.[4] Andererseits sei auch der Charakter der anstellenden Behörde nicht in jedem Fall von Bedeutung, da es zahlreiche Fälle gebe, in denen die Anstellung nicht von dem Selbstverwaltungskörper, sondern vom Staat vorgenommen werde.[5]

Nachdem so jede feste Grundlage für die Bestimmung des mittelbaren Beamtenbegriffs verloren gegangen war, schlug der bedeutendste Staatsrechtslehrer des ausgehenden Liberalismus, Anschütz, als letzten Ausweg vor, die Eigenschaft eines Beamten als Staatsbeamten oder Selbstverwaltungsbeamten nach gewissen Rechtsvermutungen zu bestimmen: "der Charakter des Anstellungsorgans und die rechtliche Natur der von dem Angestellten ausgeübten Amtskompetenz begründen eine Vermutung für die Art des Dienstverhältnisses. Liegen beide zusammen vor, so wird die Vermutung verstärkt, fallen sie auseinander, so wird die Vermutung abgeschwächt." [6] Anschütz sagt leider nicht, welches Ergebnis im konkreten Fall eine solche "Abschwächung" seiner "Vermutungen" haben könne. Tatsächlich war das Ergebnis beim Auseinanderfallen der Vermutungen dies, daß in der Rechtslehre und unter mehreren höchstinstanzlichen Gerichten verschiedene Merkmale des mittelbaren Beamtenbegriffs angenommen und schließlich

1) § 1/11/12 ALR.
2) § 65/11/12 ALR.
3) RG. 84, 27 ff. insbes.S.38/39.
4) Peters "Grenzen.....", S.128
5) z.B. Amtmänner und Landbürgermeister in Westfalen u. der Rheinprovinz (§ 7o westf. Landgem.O. u.§ 1o3 rhein.A.O., andere Fälle bei Peters S.12o.
6) Meyer-Anschütz "D.StR." 7.Aufl.S.579/58o und Anschütz "Die Verf.Urkunde f.d.pr. Staat" 1. Aufl.426 ff.

4 Gruppen mittelbarer Beamter gefunden wurden, die sachlich nichts miteinander gemeinsam hatten.

Es ergibt sich somit, daß der Begriff des mittelbaren Beamten im Ausgang des liberalen Staatsrechts keinen sachlichen Inhalt mehr verkörperte: Fortgefallen war seine Bedeutung als Mittler zwischen Staat und Gesellschaft, da die "Selbstverwaltung" keinen Zwischenbau zwischen diesen beiden darstellen sollte. Fortgefallen war sein Charakter, der besondere Träger des Gedankens der ehrenamtlichen Selbstverwaltung zu sein. Unbeachtlich war es, ob er besondere "Selbstverwaltungsaufgaben" zu versehen hatte; denn "natürliche" Selbstverwaltungsaufgaben wurden nicht anerkannt, und eine Untersuchung nach Selbstverwaltungsaufgaben kraft positiver staatlicher Bestimmung führte nicht nur oft zu Unklarheiten, sondern brachte auch zu Tage, daß es zahlreiche Selbstverwaltungsorgane gab, die teilweise oder ausschließlich Staatsaufgaben verwalteten. Auch ein besonderes Treueverhältnis zum Selbstverwaltungskörper konnte als Kriterium nicht verwendet werden, da bei vielen neuen Selbstverwaltungsinstitutionen schlechterdings von einem persönlichen Treueverhältnis nicht gesprochen werden konnte. Schließlich war auch die Freiheit von dienstlicher Unterordnung unter den Staat kein sicheres Kennzeichen des mittelbaren Beamten, da diejenigen Beamten, die von den Gemeinden zur Verwaltung staatlicher Aufgaben angestellt waren oder solche mitversehen mußten, insoweit auch den zuständigen staatlichen Behörden unterstellt und nicht nur ihrer Rechtsaufsicht unterworfen waren.

Selbst rein formale Kriterien, mit denen immerhin noch der Begriff der "Selbstverwaltung" bestimmt werden konnte, konnten - wie vorher gezeigt wurde - nach dem positiven Recht für den Begriff des mittelbaren Beamten nicht mehr unbedingt verwandt werden. Aber der Begriff lebte weiter.

Daß seine Lebensfähigkeit erhalten blieb, verdankte er vor allem seiner ausgezeichneten technischen Brauchbarkeit, die es ermöglichte, alle Beamtengruppen, die entweder hinsichtlich ihrer Anstellung, ihres Aufgabenkreises oder ihres Dienstherren aus dem allgemeinen staatlichen Amtskörper ausgesondert waren, für die tägliche Rechtssprache mit einem Wort zu umfassen. Darüber hinaus schien - wie im letzten Abschnitt ausgeführt - der Begriff jedes sachlichen Wertes bar zu sein. Seine Analyse durch das liberale Staatsrecht war ebenso wie die der "Selbstverwaltung" so vollkommen gelungen, daß sich jedes inhaltliche Merkmal zu bloßen Vermutungen verflüchtigt hatte. Dennoch haben beide Begriffe in der tatsächlichen Ordnung des Staats- und Verwaltungslebens ihre sachliche Bedeutung nicht eingebüßt. Schon 1932 verficht Köttgen ("die Krise der kommunalen Selbstverwaltung") die These, daß die Selbstverwaltung nicht nur noch der formale Begriff für die Unabhängigkeit gewisser Körperschaften vom Staat sei, sondern daß sie noch immer die sachliche Bedeutung der Eigenverwaltung eines genossenschaftlichen Gemeinwesens habe, die bei den Gemeinden insbesondere auf dem Heimatgefühl beruhe. Er räumt zwar ein, daß der Prozeß der

kapitalistischen Industrialisierung und der damit verbundenen Binnenwanderung dieses Heimatgefühl zu einem großen Teil zerstört habe; auch sei namentlich in den größeren Städten das Prinzip der genossenschaftlichen Verwaltung durch Ehrenämter von einem kommunalen Berufsbeamtentum abgelöst worden. Jedoch hält er die sachlichen und ideellen Grundlagen der deutschen Selbstverwaltung noch nicht für erschüttert und glaubte damals bereits Anzeichen für eine Gegenentwicklung zu erkennen.

Eine wirkliche Krise der Selbstverwaltung sah er vielmehr in der Parteipolitisierung der Selbstverwaltung; denn mit Recht bemerkte er, daß alle Parteien zentralistischen Charakter besaßen und notwendig die Kommunen, in denen sie herrschten, zu Angriffs- oder Widerstandszellen für ihre zentralen politischen Ziele machen mußten. Köttgen sprach nur von einer Krise, noch nicht von einer Zerstörung der Selbstverwaltung. Ernster beurteilte Carl Schmitt unter demselben Aspekt die Lage der Selbstverwaltung. Zunächst wendet er sich gegen die Theorie, daß der Selbstverwaltungsgedanke gerade in der Demokratie ein Heimatrecht habe, weil zu dieser notwendig die Identität des ganzen Volkes gehöre und ihr damit eine zentralistische Tendenz innewohne.[1] Später sieht er jedenfalls die Zerstörung der Selbstverwaltung durch das pluralistische Parteisystem als vollzogen an.[2]

---

1) Verf. 1.S.273

2) "Der Hüter der Verfassung" S.96

E) Die rechtlichen Grundzüge des Begriffs "mittelbarer Beamter" im III. Reich.

I. Der Charakter der Selbstverwaltung nach der Deutschen Gemeindeordnung.

Die zweifellos für die Selbstverwaltung ernstlichste Gefahr ist mit der Beseitigung des demokratischen Parteienstaates gebannt worden. Mit der ausdrücklichen Anerkennung der gemeindlichen Selbstverwaltung in einem nationalsozialistischen Grundgesetz ist deren Bestand garantiert worden. Es fragt sich sonach nicht, ob der Selbstverwaltung ein sachlicher Gehalt im nationalsozialistischen Staatsrecht zukommt, sondern welcher Art dieser ist und welche Bedeutung danach dem Begriff des mittelbaren Beamten heute innewohnt. Allerdings wäre es müßig, bereits jetzt eine endgültige Fixierung der Begriffe im nationalsozialistischen Sinne versuchen zu wollen. Jedoch sind gewisse Grundlinien bereits deutlich erkennbar.

Wenn die Deutsche Gemeindeordnung von Selbstverwaltung spricht, und die führenden Männer des dritten Reiches den Willen zur Erhaltung und Stärkung der deutschen Selbstverwaltung immer wieder hervorheben, so liegt der Anwendung des Begriffs nicht der Gedanke eines nur formalen Rechts der Kommunen auf eigene Verwaltung bestimmter ihnen zugewiesener Aufgaben zugrunde, sondern die heutige "Selbstverwaltung" ist ein mit sehr konkretem Gehalt erfülltes Institut des nationalsozialistischen Staatsrechts. Die DGO drückt dies mit klaren Worten aus: § 1 "Die Gemeinden fassen die in der örtlichen Gemeinschaft lebendigen Kräfte des Volkes zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben der engeren Heimat zusammen." § 2: "Die Gemeinden sind berufen, das Wohl ihrer Einwohner zu fördern und die geschichtliche und heimatliche Eigenart zu wahren." Wenn das Gesetz die geschichtliche und heimatliche Eigenart zur Grundlage der Selbstverwaltung erhebt, so ergibt sich hieraus, daß der nationalsozialistische Staat grundsätzlich eine natürliche eigene Rechtssphäre der Gemeinden anerkennt. Und zwar besteht diese aus allen örtlichen öffentlichen Aufgaben mit Ausnahme derjenigen, die über die örtlichen Grenzen hinausgewachsen und deshalb durch die staatliche Gesetzgebung den Gemeinden entzogen sind.[1] Daß die Hoheitsgewalt der Gemeinde eine nur formal, nicht ihrer Natur nach vom Staat abgeleitete ist, geht auch daraus hervor, daß die Präambel Staats- und Gemeindetätigkeit nebeneinander - nicht übereinanderstellt und ihnen das gemeinsame Ziel der Schaffung einer wahren Volksgemeinschaft setzt.

Das im Rechtssinn übergeordnete Ganze ist also nicht der Staat, sondern das politische formierte Volk, von dem allein deshalb auch alle Hoheitsgewalt abzuleiten ist. Daß die Staatsgewalt nicht mehr die Quelle aller Hoheitsrechte ist, ergibt sich auch daraus, daß es neben der Staats- und Gemeindegewalt noch die dritte unmittelbar aus der Volksgewalt abgeleitete Rechtssphäre der Partei gibt. Es ist unbestritten, daß das Parteirecht seiner Entstehung und Geltung nach unabhängig vom Staat ist. Wenn dies zwar anerkannt, aber andererseits bestritten wird, daß es noch eine dritte Hoheitssphäre der Selbstverwaltung gebe,[2] so spricht dagegen nicht nur der Wortlaut

1) Das Totalitätsprinzip des § 2 II DGO.
2) Neesse: "Partei und Staat".

der DGO, sondern auch das Institut der der Partei "angeschlossenen" Verbände.

Auch aus diesem eine Nebenordnung bezeichnenden Begriff ergibt sich, daß die nationalsozialistische Verfassung eine weitere originäre Ordnungsreihe kennt. Es ist dies eben die "Selbstverwaltungssphäre", welche das gemeindliche, berufsständische und wohl auch kirchliche Gemeinschaftsleben der Nation umfaßt. Staat und Partei heben sich darüber hinaus auf eine höhere Stufe des politischen Seins; sie sind der Ausdruck der von allen Besonderheiten unabhängigen Volkseinheit. Mit dieser dreigliedrigen [2] Konstruktion des Reichsaufbaues steht es nicht im Widerspruch, daß einzelne Rechtskreise der Selbstverwaltung stärker nach dem Staat, andere stärker nach der Partei tendieren. Die Selbstverwaltung bedarf als das natürlichere und deshalb "separatistischen" Tendenzen eher zugängige Gefüge der festen politischen Führung in grundsätzlichen Fragen. Daher das "Staatsaufsichtsrecht" über die Gemeinden und die Amtsunionen der höchsten Partei - und berufsständischen Ämter.[3]

Selbstverwaltung ist somit heute die selbständige Erfüllung eigener Aufgaben der engeren Gemeinschaften des Berufstandes und der Ortsgemeinde.

Wenn die Selbstverwaltung heute die dritte Ordnungsreihe neben Staat und Bewegung darstellen und ihre Gewalt unmittelbar vom Volk ableiten soll, so muß diese Bedeutung auch der Regelung der Aufsicht zugrunde liegen. Daß diese notwendig bleibt, wurde vorher erwähnt. Bezeichnend ist die Ausgestaltung der Kommunalaufsicht: Der § 1o6 DGO hält zunächst die bisherige meßbare Rechtsaufsicht aufrecht; er verläßt aber sodann diese Aufsichtsbeschränkung für den Fall, daß die Gemeindetätigkeit den Zielen der Staatsführung zuwiderläuft. Dies bedeutet jedoch keine Unterwerfung der Gemeinde unter die staatliche Verwaltung. Umgekehrt zeigt grade die Beschränkung des nichtmeßbaren Eingriffsrechts auf Fälle des Widerspruchs gegen die Ziele der Staatsführung, daß diese Aufsicht grundsätzlich ein Mittel der obersten Staatsführung zur Durchsetzung ihrer letzten politischen Ziele, nicht aber eine laufende Überwachung durch eine höhere Verwaltungsinstanz darstellt.[4] Noch deutlicher zeigt der § 8 den Aufsichts-

1) Vergl. § 1 II der I.V.O. über den vorläufigen Aufbau des Reichsnährstandes v.8.12. 33: "Der Reichsnährstand ist eine Selbstverwaltungskörperschaft des ö.R."

2) Vergl. hierzu die Lehre Carl Schmitts in "Staat - Bewegung - Volk"

3) Aus diesem Satz darf jedoch nicht, wie es bei Neesse ("Partei und Staat" S.2o ff.) geschieht, geschlossen werden, daß grundsätzlich die kommunale Selbstverwaltung zum Staat, die ständische Selbstverwaltung zur Partei tendiere. Hiergegen spräche schon die Tatsache, daß mehrere Gruppen der ständischen Selbstverwaltung, z.B. Handwerk und Kulturleben nicht von der Partei, sondern vom Staat beaufsichtigt werden (vergl. § 1 der II.V.O. über den vorläufigen Aufbau des Deutschen Handwerks vom 18. 1.35 und § 5 Reichskulturkammergesetz).

4) Vergl. auch die erste Ausführungsanweisung des MinInn. zu § 1o6 und unten S.118

charakter der DGO auf. Hiernach hat die Aufsicht die Gemeinde in ihren Rechten zu schützen. Die rechtsstaatliche Gesetzesaufsicht kennt keine Sorgepflicht; begrifflich erschöpft sie sich in der negativen Verhütung von Rechtswidrigkeiten. Dagegen ist die Sorgepflicht gradezu ein Kennzeichen jedes echten Führungsverhältnisses. Nimmt man hinzu, daß die Gemeinden nicht mehr nur fiktive juristische Personen sind, sondern ausdrücklich zu örtlichen Gemeinschaften erklärt werden, so ergibt sich, daß die Aufsicht heute ein Mittel ist, welches das Führungsverhältnis zwischen dem Führer des Volkes und den örtlichen Gemeinschaften effektiv macht.

Daraus ergibt sich:
1. Die Aufsicht durch staatliche Behörden ist im Prinzip eine vom Führer den Staatsbehörden übertragene Ausübungsbefugnis.
2. Die Aufsichtsbehörden dürfen das Eigenleben der Gemeinden nicht stärker beschränken, als es die obersten politischen Ziele der Regierung nötig machen.
3. Beschwerden können nicht von einer außerhalb der Gemeinschaft stehenden richterlichen Behörde entschieden werden (§ 113 DGO).
4. Der Selbstverwaltungsbegriff kann keine Ausdehnung auf bloße mit öffentlicher Rechtspersönlichkeit ausgestattete Staatsanstalten finden, da diesen das Subjekt jeder echten Selbstverwaltung, eine natürliche Gemeinschaft fehlt.

2. Die Stellung der Rechtslehre zu der heutigen Selbstverwaltung.

Die hier angenommene Struktur der Selbstverwaltung im nationalsozialistischen Staat ist nicht unbestritten. Als Auswirkung des überkommenen Kampfes zwischen Staat und Selbstverwaltung liegt es nahe, in der Beseitigung der Gesetzesgebundenheit der Staatsaufsicht eine Unterordnung der Selbstverwaltung unter die Staatsverwaltung oder eine graduelle Verstärkung der Staatsbefugnisse zu sehen. So heißt es bei Surén-Loschelder[1]: "Die Gemeinden sind organische Teile des Staats, keine selbständigen Gebilde neben ihm. Sie sind berufen, im Rahmen des Staatsganzen öffentliche Aufgaben wahrzunehmen, die anderenfalls der Staat selbst durchführen müßte."

Eine vermittelnde Stellung nimmt Forsthoff[2] ein. Von der Tatsache ausgehend, daß der liberale Selbstverwaltungsbegriff inhaltlos und nur an formal selbständige Institutionen gebunden gewesen sei, betont er, daß jede wahre Selbstverwaltung begrenzte Lebensverhältnisse voraussetze und dazu diene, diesen Lebenskreisen die Möglichkeit des Eigenlebens zu sichern. Auch sei die Selbstverwaltung keine dezentralisierte Staatsverwaltung, sondern eine besondere Gemeinschaftsform. Jedoch bewertet Forsthoff die Verbindung zwischen Staat und Gemeinden als so stark, daß er die Gemeindeaufgaben qualitativ nicht von denen des Staats unterscheiden zu können glaubt.

Dieselbe Ansicht, wie sie in dieser Arbeit vertreten wird, findet sich, abgesehen von der grundlegenden Lehre Carl Schmitts bei E.R. Huber und Maunz.

1) Kommentar zur DGO Anm.2 zu § 1o6.
2) Franks "Deutsches Verwaltungsrecht" 1937 S.18o ff.

Huber [1] nennt die Gemeinden "Eigenlebendige Glieder", die von Staat und Volk auf die gleichen Ziele ausgerichtet sind, wie die politische Einheit selbst.

Maunz [2] nennt die Selbstverwaltung im geltenden deutschen Recht die eigene verantwortliche Tätigkeit aus einer "gewachsenen Ordnung" heraus. Solche Ordnungen seien insbesondere auch die Gemeinden, welche "nicht durch Gesetze ins Leben gerufen, sondern historisch gewachsen und von den staatlichen Gemeindegesetzen vorgefunden und anerkannt seien". Als klassische Formulierung der nationalsozialistischen Anschauung führt er den § 1 Abs.1 des preuß. Gemeindeverfassungsgesetzes von 1933 an:

"Die Gemeinde ist die vom Staat anerkannte, geschichtlich gewordene und zur Einheit gewachsene Zelle räumlichen Zusammenlebens einer Vielheit von Familien."

Derselben Anschauung sind grundsätzlich auch die namhaften Vertreter der heutigen deutschen Kommunalpraxis. So tritt in dem Kommentar von Kerrl - Weidemann zur DGO [3] der Gedanke der Nebenordnung von Staat und Selbstverwaltung deutlich hervor: "Die nationalsozialistische Auffassung vom Wesen der Aufsicht.....unterscheidet sich grundlegend von den Auffassungen vergangener Zeiten insofern, als an die Stelle des liberalen Denkens vom Gegensatz zwischen Staat und Gemeinde eine Betrachtung getreten ist, die Staat und Gemeinde als aus dem Volk herausgewachsen erkennt und an Stelle des Gegensatzes die höhere Einheit des gemeinsamen Dienstes am Wohl des Volkes betont."

Allerdings legen die Praktiker der Kommunalverwaltung [4] vor allem auf die Frage Wert, wie diese Eigenständigkeit der Gemeinden gesichert sei. Sie nehmen dabei an, daß auch die DGO noch an der Rechtskontrolle festhalte und sind der Ansicht, daß daran auch das Eingriffsrecht des Staates zur Durchsetzung der allgemeinen Staatsziele nichts ändere. Weidemann nennt dies "die staatspolitische Kontrolle", die sich auf die großen grundsätzlichen Punkte der Politik beziehe und nicht mit der ermessensfreien Dienstaufsicht identisch sei, die in dem staatlichen Amtsaufbau gegeben sei. Er kann sich dabei auf die erste Ausführungsanw. des Min.d.I. zu § 106 DGO berufen, die bei Eingriffen staatspolitischer Art stets eine Entscheidung des Ministers oder zentrale Richtlinien verlangt. Die Unterscheidung dieser Aufsicht von einer allgemeinen Dienstaufsicht ist also berechtigt; der Begriff der staatspolitischen Aufsicht stellt eine sehr treffende Formulierung dafür dar, daß nach dem Willen des Gesetzgebers das Eigenleben der Selbstverwaltung unbedingt anzuerkennen sei. Andererseits kann aber die bezeichnete Unterscheidung doch nicht über die Tatsache hinwegtäuschen, daß gerade bei den wichtigen politischen Fragen eine Beschränkung der Aufsicht auf die Rechtskontrolle beseitigt ist. Die Vertreter der kommunalen Verwaltungspraxis verkennen also immer noch, daß die Anerkennung einer wirklichen

1) "Verfassung" 1937, S.29o ff.
2) "Verwaltung" 1937, S.13o
3) 2.Aufl.1937 Erl.2 zu § 1o6
4) Weidemann Kommentar II.Aufl.S.668 ff; Gördeler "Reich und Länder" 1935/294 ff.

Selbstverwaltung nicht von der Art ihrer Sicherungsmethoden abhängig ist. Forsthoff trifft die Verkennung dieses Unterschiedes sehr gut, wenn er sagt, die Unterscheidung zwischen Zweckmäßigkeits- und Rechtmäßigkeitskontrolle sei unerheblich, denn "nicht in den gesetzlichen Sicherungen liegt die Garantie der Selbstverwaltung, sondern in der Mächtigkeit der in ihr lebenden Kräfte." [1]

3. Der Begriff des mittelbaren Beamten im nationalsozialistischen Verfassungsrecht.

Den Begriff des mittelbaren Beamten verwendet das Deutsche Beamtengesetz vom 30.1.1937 in der Figur des mittelbaren Reichsbeamten. Der § 2 III sagt, daß mittelbare Reichsbeamte diejenigen Beamten seien, welche einen anderen unmittelbaren Dienstherren als das Reich hätten; und im Abschnitt XII des Gesetzes werden als solche anderen unmittelbaren Dienstherren Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen des öffentlichen Rechts bezeichnet, die der staatlichen Aufsicht unterstellt seien.

Damit scheint bei einer ersten Prüfung die bisherige formale Natur des Begriffs wiedergekehrt zu sein. In Wahrheit umfaßt der Begriff im geltenden Recht, wie sich durch die Bezugnahme auf die Staatsaufsicht ergibt, zwei sachlich verschiedene Kategorien mittelbarer Beamter. Er ergreift
1. die Beamten derjenigen Institute, die als nur verselbständigte Funktionsbereiche und Vermögensmassen jedem Aufsichtseingriff soweit unterliegen, als der Anstaltszweck reicht.
2. Werden von dem Begriff auch die Organe der echten gemeinschaftlichen Selbstverwaltung, die nur der Rechtskontrolle und der staatspolitischen Aufsicht unterliegt, getroffen.

Es liegt allerdings in der Regelung des Gesetzes insoweit ein nicht zu übersehender Widerspruch, als es allgemein - also auch für die ersten Gruppen - von einem besonderen Dienstherrn spricht, andererseits aber den persönlichen Charakter des Dienst- und Treueverhältnisses so stark betont, wie kaum ein anderes Beamtengesetz zuvor. Man kann auch nicht sagen, daß gewisse mittelbare Beamte zwar unmittelbar keinen persönlichen Dienstherrn, sondern nur mittelbar einen solchen im Führer hätten(§ 1 Abs.1 DGO); denn wenn sie unmittelbar keine natürliche Person zum Dienstherrn haben, so können sie eben überhaupt keinen unmittelbaren Dienstherrn haben, wie es der § 2 verlangt. Aber das positive Recht setzt sich über diese grundsätzlichen Bedenken aus verwaltungspraktischen Gründen hinweg.

Königs [2] zeigt die Gründe für die immer häufigere Verselbständigung gewisser Staatsaufgaben auf. Er nennt dafür z.B. die Beschleunigung der Arbeit; die größere Wirksamkeit der Verwaltung bei solchen Aufgaben, bei denen sich öffentliche und private Interessen treffen (z.B. bei Deichverbänden, Handwerkerinnungen u.ä.); die Durchführung eines schnelleren und zweckmäßigeren Lastenausgleichs bei solchen öffentlichen Rechtsträgern, die sich aus einzelnen Verbänden oder natürlichen Personen

1) a.a.O. S.184
2) Beamtenjahrbuch 1936 S.182 ff.

zusammensetzen (Schulverbände, Wegeverbände, Wassergenossenschaften).

Die Wissenschaft hat sich gerade in neuerer Zeit gegen die allein aus praktischen Gründen erklärliche Beibehaltung solcher formalen Verselbständigung ausgesprochen. Es sind hier insbesondere die Leitsätze der "Arbeitsgemeinschaft Hochschullehrer" im BNSDJ [1] bemerkenswert, die betonen, daß die "Verkehrsfähigkeit" nur einen Teilausschnitt des Wesens eines Verbandes darstelle und daß dessen Gesamterscheinung nur dann erfaßt werde, wenn zugleich seine Befugnisse und personenrechtlichen Bindungen berücksichtigt würden. Die rechtliche Natur des Verbandes aber sei an der deutschen Genossenschaft und Gesamthand auszurichten.[2] Derselben Ansicht ist Königs, obwohl er selbst die praktischen Gesichtspunkte für die gegenteilige Lösung hervorgehoben hatte.

Wenn sich die Wissenschaft gegenüber der Gesetzgebung nicht hat durchsetzen können, so liegt das eben an der großen technischen Brauchbarkeit des Formalbegriffs "juristische Person". Andererseits ist aber unzweifelhaft, daß jedenfalls der persönliche Charakter des Beamtenrechtsverhältnisses die klare Unterscheidung zwischen den mittelbaren Beamten verlangt, welche einer nur formal selbständigen juristischen Person angehören und infolgedessen tatsächlich nur im Dienst- und Treueverhältnis zum Führer stehen und solchen, deren unmittelbare Dienstherren echte Selbstverwaltungsgemeinschaften sind. Es mag angemerkt werden, daß die Verselbständigung öffentlicher Aufgabenbereiche nicht notwendig eine solche Unterscheidung nach sich ziehen muß. Z.B. bezeichnet die preuß. Sparkassenverordnung von 1932 (GS.S.241), die die kommunalen Sparkassen zu selbständigen juristischen Personen des ö.R. umgestaltet hat, in den §§ 6, 9 die Sparkassenbeamten auch formal als das, was sie tatsächlich sind, nämlich als Beamte des Kommunalverbandes, der für die betreffende Kasse haftet (Gewährverband). Der Gruppe mittelbarer Beamter, deren Mittelbarkeit nur formal ist, stehen nun diejenigen gegenüber, die im unmittelbaren Dienst- und Treueverhältnis engerer Gemeinschaften stehen.

In ihrer Rechtsstellung kehren alle die Merkmale wieder, die oben für die Selbstverwaltung des nationalsozialistischen Staatsrechts gefunden wurden:
1. Der mittelbare Beamte ist hiernach zunächst Beamter im Sinne des Deutschen Beamtengesetzes. Er steht somit in einem besonderen Treueverhältnis zum Führer und ist von ihm dauernd mit der Durchführung obrigkeitlicher Aufgaben betraut. Die Wahrnehmung obrigkeitlicher Aufgaben bedarf dieser besonderen Betonung. Nur durch dieses Merkmal unterscheidet sich der Beamte sachlich von dem Amtsträger der Bewegung. Der Staat ist nach wie vor diejenige Ordnungsreihe der Volksgemeinschaft, die bestimmt ist, die gemeinsamen Interessen des Volkes zu verwirklichen und die Verwirklichung - wenn nötig - mit Zwang durchzusetzen. Dieses Überordnungsverhältnis des Staatsorgans gegenüber dem einzelnen Volksgenossen ist erhalten geblieben

1) Deutsche Jur.Ztg. 1935 S.1294
2) Vergl. auch Maunz: "Der Streit um die Körperschaft d.ö.R." in "Deutsche Verwaltungsblätter"1936 S.1 ff.

und ganz bewußt hat gerade das Deutsche Beamtengesetz die obrigkeitliche Natur des Staatsamtes betont (§ 148). Demgegenüber ist zwar die Partei ebenfalls originärer Hoheitsträger, weil sie ihre Rechtsstellung nicht vom Staat ableitet und ihr Recht auch nicht auf Grund staatlicher Delegation schafft. Aber sie versieht keine obrigkeitlichen Aufgaben, soweit ihr nicht der Führer im Einzelfall solche zuweist. Sie ist die Hüterin der nationalsozialistischen Idee und die Erzieherin des deutschen Volkes zum Nationalsozialismus; aber sie verwirklicht diese Ziele nicht durch Zwang, sondern sie beruht nach wie vor auf dem Prinzip der freiwilligen Arbeit. Sie setzt auch die politischen, kulturellen und wirtschaftlichen Einzelfolgerungen aus der nationalsozialistischen Idee nicht selbst durch, sondern bedient sich dazu des Staates. Daher sagt der § 1 II des DBG, der Beamte sei der "Vollstrecker des Willens des von der NSDAP getragenen deutschen Staates." Wenn demgegenüber Brand [1] die Wahrnehmung obrigkeitlicher Aufgaben nicht als Merkmal des Beamtenbegriffs ansieht, so befindet er sich damit im Widerspruch zum § 148; auch hebt er dadurch jeden Unterschied zum Amtsträger der Bewegung auf, da das Merkmal des besonderen Treuverhältnisses zum Führer gleichmäßig für Beamte und Amtsträger der Bewegung gilt. Soweit Brand seine Ansicht darauf stützt, daß der § 148 auch für diejenigen Aufgaben Beamte vorsieht, bei denen es die Staatssicherheit erfordert, kann diese Begründung nicht durchdringen. Diese Bestimmung des § 148 verdeutlicht nur den längst feststehenden Grundsatz der Rechtssprechung und Rechtslehre, daß "obrigkeitlich" nicht nur die Tätigkeit sei, die unmittelbar mit Zwangsmitteln arbeitet, sondern auch alle Mitwirkung bei der Vorbereitung des Verwaltungsakts.[2] Unscharf ist auch die Unterscheidung Höhndorfs [3] zwischen dem Beamten und dem Amtsträger der Bewegung. Er geht von dem richtigen Gedanken aus, daß der Beamte das Organ der geschichtlich gewachsenen Institution des Staates sei und durch diese Organstellung seine Eigentümlichkeit erhalte. Höhndorf führt merkwürdigerweise diesen Gedanken nicht weiter, sondern will als gemeinsamen Oberbegriff für den Beamten und Amtsträger den Begriff des "Trägers öffentl. Aufgaben" schaffen. Er sagt dabei,[4] daß der Beamtenbegriff nur auf das interne Dienst- und Treueverhältnis anzuwenden sei, das zwischen dem Staatsoberhaupt und dem Staatsbeamten bestehe, und daß dieser Begriff für das Außenverhältnis unverwendbar sei. In Wahrheit ist die Rechtslage umgekehrt: Im Innenverhältnis stehen Beamte und Amtsträger im gleichen Treueverhältnis zum Führer. Dagegen ist gerade das Außenverhältnis zu dem Volksgenossen, der nicht in der Bewegung steht, dadurch unterschieden, daß der Beamte als Vollstrecker des staatlichen Willens ihn zu Handlungen, Duldungen und Unterlassungen zwingen kann, während dem Amtsträger der Bewegung andere Mittel, als die der freien Überzeugung nicht zur Verfügung stehen, um

---

1) Das Deutsche Beamtengesetz 1937 Anm.4 zu § 1.
2) Fischbach im Beamten-Jahrb.1936, S.415 ff. "Voraussetzungen für die Schaffung von Beamtenstellen."
3) Höhndorf, Zeitschrift f.d.ges. Staatswissenschaft 97/147 ff.
4) a.a.O.S.163.

den außenstehenden Volksgenossen zur Mitarbeit in der Bewegung heranzuziehen.

Es ist demnach daran festzuhalten, daß der mittelbare Beamte als Beamter typisch obrigkeitliche Aufgaben zu versehen hat.

2. Der mittelbare Beamte hat einen besonderen unmittelbaren Dienstherrn: Dieser besondere Dienstherr ist die Selbstverwaltungsgemeinschaft der örtlichen Gemeinde und des Berufsstandes. Ihre Eigenständigkeit leitet sich unmittelbar vom Volk ab.

3. Der mittelbare Beamte hat andere Aufgaben zu versehen als der unmittelbare Beamte. Dieser dient der Volksgemeinschaft dadurch, daß er überall dort, wohin er berufen wird, die Staatseinheit nach tatbestandsmäßig überall gleichen Gesetzen und grundsätzlich gleichen Verwaltungsvorschriften vertritt. Der mittelbare Beamte dient der Volksgemeinschaft dadurch, daß er Aufgaben löst, die durch die Förderung eines gesunden und kräftigen Eigenlebens der engeren Gemeinschaften mittelbar dem Gesamtwohl nutzen.

4. Der mittelbare Beamte ist Untergebener des Führers, aber nicht der staatlichen Aufsichtsbehörden. Der negative Teil dieser These ergibt sich aus der rechtlichen Selbständigkeit der Selbstverwaltungsgemeinschaften, die - wie früher ausgeführt - nicht durch die staatspolitische Aufsicht aufgehoben wird. Die dienstliche Unterordnung des mittelbaren Beamten unter den Führer folgt daraus, daß der Führer nicht nur oberstes Staatsorgan, sondern gleichzeitig Repräsentant der Volksgemeinschaft ist, aus der sich die Rechte der engeren Gemeinschaften ableiten. Die dienstliche Überordnung des Führers findet symptomatisch in zwei positiven Rechtssätzen ihren Ausdruck:

a) Bei den politisch und wirtschaftlich grundsätzlichen Fragen, deren Bestimmung dem Führer letzthin vorbehalten ist, besteht eine ermessensfreie Eingriffsbefugnis, mit der notwendig die Überordnung im Rechtssinn gegeben ist. Allerdings läßt der Führer dieses Recht regelmäßig durch den Minister des Innern oder die obersten Parteidienststellen ausüben.

b) In der Ausübung der Dienststrafgewalt. Wie früher ausgeführt, ist die Disziplinarstrafe ein besonderes Kennzeichen des Gewaltverhältnisses eines Hoheitsträgers zu seinen Organen. Wenn aber der Satz von der Nebenordnung von Staat und Gemeinde richtig ist, andererseits aber die Ausübung der Disziplinargewalt über die mittelbaren Beamten nach positivem Recht bestimmten staatlichen Behörden zusteht, so kann es sich dabei ebenfalls nur um eine dem Führer selbst zustehende und an den Staat nur delegierte Gewaltausübung handeln.

5. Das mittelbare Beamtentum ist schließlich dadurch gekennzeichnet, daß in ihm dem Ehrenamt eine besondere Bedeutung zukommt. Zwar läßt es die Vermehrung und Komplizierung der öffentlichen Aufgaben nicht zu, Berufsbeamte aus der Selbstverwaltung auszuschließen, und andererseits gibt es auch in der Staatsverwaltung Ehrenämter. Aber die Idee des Freiherrn vom Stein und Rudolf von Gneists, daß die Selbstverwaltung vor allem ehrenamtliche Mitarbeit der Staatsbürger sei, ist in der heutigen

Selbstverwaltung wieder zu ungeahntem Leben erwacht. In der preuß. Kreisverwaltung hatte sie sich immer erhalten. Für die Gemeindeverwaltung bringt die DGO diesen Grundsatz wiederum zur stärksten Geltung (vergl. vor allem die §§ 39,43,53,58); und schließlich ist unsere heute so umfassende berufsständische Selbstverwaltung fast ausschließlich auf dem Ehrenamt aufgebaut.

Die Bedeutung dieses Vorgangs kann erst dann voll gewürdigt werden, wenn man sich das Wesen des Ehrenbeamtentums vor Augen hält. Zwei besondere Züge zeichnen den Ehrenbeamten aus: Die größere Verbundenheit mit den außerhalb der Verwaltung stehenden Volksgenossen und seine persönliche Unabhängigkeit, welche der Selbstverwaltung den von Stein und Gneist geforderten freieren Zug geben soll. In der liberalen Selbstverwaltung wurde diese Eigenart des Gemeindelebens dadurch verwischt, daß das kommunale Berufsbeamtentum immer stärker ausgebildet wurde und so innerhalb der Selbstverwaltung ein gleiches Abhängigkeits- und Unterordnungsverhältnis in der Beamtenschaft entstand, wie im Staat. Nur die obersten Spitzen der Selbstverwaltung, Bürgermeister oder Magistratsmitglieder personifizierten schließlich noch die Idee der freien Verwaltung insofern, als für sie rechtlich keine übergeordnete Instanz existierte. Hierin bringt nun die DGO den entscheidenden Wandel.

Zunächst liegt dieser, wie bereits erwähnt, in der besonderen Betonung des ehrenamtlichen Elements in der Gemeindeverwaltung. Dasselbe wird nun aber noch durch eine völlig neue Beamtengruppe - die Gemeinderäte - verstärkt. Der Gemeinderat verkörpert noch mehr als der Bürgermeister den Typ des freien Verwaltungsbeamten, denn bei ihm ist stets die rechtliche Unabhängigkeit (Eigenverantwortlichkeit § 48 DGO) mit der wirtschaftlichen Selbständigkeit verbunden. Ist also der Gemeinderat mittelbarer Beamter, so erhält der Kern des mittelbaren Beamtentums, die Gemeindebeamtenschaft, ihr besonderes Gepräge dadurch, daß in ihr das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit stärker als jemals bisher verwirklicht wird. Dabei ist zu beachten, daß diese Verstärkung ihren Ausdruck nicht nur in der zahlenmäßigen Vergrößerung der Ehrenbeamten findet, sondern daß die gesamte Gemeindeverwaltung durch den Einbau eigenverantwortlicher Beamter grade bei der Entscheidung der wichtigsten kommunalen Lebensfragen beeinflußt wird (§ 55 DGO).

Wenn dieser Wandel aber grade für das Wesen des mittelbaren Beamtentums bedeutungsvoll sein soll, so muß es feststehen, daß der Gemeinderat mittelbarer Beamter ist. Bestritten wird das im Gegensatz zur amtlichen Auffassung [1] von Elleringmann.[2]

Mit bemerkenswerten Gründen führt dieser aus, daß der Gemeinderat wohl ein öffentliches Amt verwalte, nicht aber Beamter sei. Mit Recht weist er darauf hin, daß das aus dem Ehrenamt folgende besondere Treueverhältnis zum Führer und Reich den Gemeinderat noch nicht zum Beamten mache, da ja jeder öffentliche Amtsträger in diesem Treueverhältnis stehe. Dagegen geht das Argument fehl, die besondere Vorschrift einer

1) Amtliche Begründung zur DGO § 48 und 1.Ausf.Anw.zu § 53 DGO.
2) "Reich und Länder" 1936 Nr.1o/11 S.278 ff.

Vereidigung (§ 53 DGO) spreche gegen den Beamtencharakter der Gemeinderäte; denn sie wäre nicht nötig, wenn die Beamteneigenschaft feststände. Es könnte auch entgegengesetzt argumentiert werden, daß die Vereidigung grade deshalb vorgeschrieben sei, um den Gegensatz zu dem früheren Stadtverordneten besonders hervorzuheben. Im übrigen würde der Hinweis Elleringmanns genau so auf die Bürgermeister und Beigeordneten zutreffen (§ 46 DGO), deren Beamtencharakter unstrittig ist. Die dem Gesetzeswortlaut am ehesten zu entnehmende Erklärung dafür, daß die Vereidigung der Gemeindebeamten besonders erwähnt wird, ist die, daß der Gesetzgeber nur den zur Eidesabnahme bestimmten Beamten besonders bezeichnen, nicht aber die Vereidigung als solche erst festsetzen wollte.

Ebensowenig durchschlagend für oder gegen die Beamteneigenschaft der Gemeinderäte scheint mir die Berufung auf den § 54 DGO, nach dem Gemeinderäte vorzeitig ausscheiden müssen, wenn bei ihnen die Berufungsvoraussetzungen fehlen oder wegfallen. Elleringmann will dartun, daß diese Vorschrift dazu geeignet und bestimmt sei, die für Beamte mögliche Disziplinarentfernung zu ersetzen. Ihm ist zuzugeben, daß der weitgefaßte Wortlaut seine Auslegung zuläßt. Sieht man aber näher, so zeigt sich, daß die Vorschrift des § 54 durchaus nicht als Ersatz des Disziplinarverfahrens gedacht zu sein braucht. Dieses bezweckt die Reinigung des Beamtenkörpers von unsauberen Elementen. Der § 54 DGO gilt aber auch - und insbesondere - für die Fälle, in denen dienststrafrechtlich völlig neutrale Momente - z.B. Verlust der Bürgereigenschaft, Fortfall besonderer Sachkunde, Zeitmangel, Ernennung zum Berufsbeamten - zur Entlassung führen müssen. Der typische Zweck des Dienststrafverfahrens wird also durch den § 54 DGO nicht getroffen.[1] Wesentlicher sind dagegen die folgenden weiteren Argumente Elleringmanns: Er macht darauf aufmerksam, daß die DGO zwar stets von dem Ehrenamt des Gemeinderats spricht, diesen aber nie zum Beamten erklärt. Weiterhin macht er geltend, daß der Gemeinderat nach dem Gesetzessinn und der amtlichen Begründung als ein genossenschaftliches Element Verwaltung und Bürgerschaft verbinden, also nach seiner Ansicht selbst nicht in der "Verbeamtung" aufgehen solle.

Schließlich hält er es für entscheidend, daß der Gemeinderat nie eine handelnde Verwaltungstätigkeit ausübt, sondern nur als Berater der Verwaltung auftritt und infolgedessen nie in dem für Beamte typischen Unterordnungsverhältnis zu einem Dienstvorgesetzten steht.

Richtig ist daran, daß die DGO den Gemeinderat nicht als Ehrenbeamten bezeichnet, sondern daß erst die 1. Ausf.Anw.des Mdl.vom 22.3.35 zu § 53 DGO (MBliV.S.415) vorschreibt, den Gemeinderat durch Aushändigung der Ernennungsurkunde in das Beamtenverhältnis zu berufen. Darin ist aber kein Gegensatz zum Gesetz zu sehen. Vielmehr ist es wahrscheinlicher, daß der für die Entstehung des Gesetzes entscheidende Verfassungsminister aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes nur die formale Folgerung gezogen hat. Nicht richtig ist es ferner, wenn behauptet wird, daß die Bestimmung des

1) Vergl. auch Köttgen in "Reich und Länder" 1936 Heft 12

Gemeinderats, Verbindungsglied zur Bürgerschaft zu sein, gegen seinen Beamtencharakter spreche; denn diese Bestimmung ist einer der wesentlicher Gründe für die Schaffung des Ehrenbeamtentums überhaupt. Schließlich aber zum Kernpunkt, der beratenden - eigenverantwortlichen Tätigkeit des Gemeinderats: Es ist richtig, daß der Typ des Beamten der eines handelnden staatlichen Exekutivorgans ist. Man muß sich aber darüber klar sein, daß die Exekutive weiterreicht, als nur ihre äußere Erscheinung - das Tätigwerden gegenüber dem Volksgenossen - glauben läßt. Sie umfaßt - wie früher bereits ausgeführt - auch alle Vorbereitungsakte des Tätigwerdens. Anderenfalls könnten ja auch nur der Behördenchef und die Vollzugsorgane Beamte sein. Daß auch alle an der Willensbildung der Behörde Beteiligten Beamtencharakter haben, ist keine bloße Zweckkonstruktion, um einen möglichst weiten Kreis staatlicher Bediensteter in die Beamtenschaft einreihen zu können. Die Erklärung liegt vielmehr darin, daß rechtlich der Behördenleiter seine Entscheidung nicht nur als Einzelpersönlichkeit, sondern als Vertreter der unpersönlichen Behörde trifft, deren nach außen sichtbarer Spruch nur eine Auswirkung zahlreicher, gleichfalls hoheitlicher Vorbereitungsakte darstellt. Es ist nicht einzusehen, weshalb zu diesen nicht die unmittelbare Beratung des Behördenleiters gehören sollte, wenn schon die bloße Ausarbeitung seiner Entscheidung im einzelnen Beamtenarbeit ist. Daß dies kaum ernsthaft bezweifelt werden kann, ergibt bereits die geschichtliche Herleitung der heutigen Amtsbezeichnung fast aller höheren Beamten aus der Stellung eines "Rates" ihrer Präsidenten. Erst mit der Komplizierung und Vervielfältigung der staatlichen Aufgaben sind diese Räte dann zu selbständigen Dezernenten geworden. Im Prinzip gilt auch heute nichts anderes, wenn man bedenkt, daß der Sachbearbeiter auch bei unwichtigen Fällen nicht vertretungs- sondern auftragsweise zeichnet und in wichtigen Angelegenheiten nach wie vor nur Berater ist. Es bedarf keiner weiteren Ausführung, daß mit der Vereinbarkeit von ausschließlich beratender Tätigkeit und Beamteneigenschaft notwendig insoweit auch ein Unterordnungsverhältnis des Beraters fehlen muß, wenn der Rat ein wirklicher Rat sein soll. Tatsächlich ist die dienstliche Unterordnung auch nicht das typische Kennzeichen des Beamten schlechthin; sondern es besteht nur da, wo es in dem Wesen eines Beamtengefüges begründet ist. Verfassungsrechtlich ausgenommen sind davon die Richter durch den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit. Ausgenommen sind weiter die Bürgermeister und etwas weniger weitgehend die Landräte und Oberpräsidenten als Leiter der Kommunalverbände. Das nationalsozialistische Verfassungsrecht hat nun zu diesen beiden Kategorien "freier" Beamter eine dritte des beratenden Beamten hinzugefügt und damit an ein Institut angeknüpft, das grade im alten preußischen Beamtentum entstanden ist. Es lassen sich noch andere Gruppen solcher freien Beamten denken, z.B. die Angehörigen von Rechnungsbehörden, gegenzeichnende Beamte usw. Somit ergibt sich, daß auch das Hauptargument Elleringmanns nicht durchschlagend ist. Vielmehr erscheint die amtliche Erklärung des Gemeinderats zum Beamten richtig.

Gesetzesrechtlich steht nur fest, daß Beamter derjenige ist, der in einem öffentlich-rechtlichen Treuverhältnis zu Führer und Reich steht, obrigkeitliche Tätigkeit ausübt und nach den formellen Bestimmungen des Deutschen Beamtengesetzes zum Beamten ernannt ist. Die beiden ersten Voraussetzungen treffen ebenso auf den öffentlichen Amtsträger zu. Demnach scheint der Unterschied zwischen ihm und dem Beamten nur ein formaler zu sein. In Wahrheit besteht noch ein sehr wesentlicher sachlicher Unterschied. Die erste Ausf.Anw. des Mdl. zu § 22 DGO sagt, daß zu Beamten diejenigen Amtsträger zu ernennen seien, die ihr Amt auf eine gewisse Dauer auszuüben hätten. Dieses Kennzeichen der Dauer erlangt dann erhebliche Bedeutung, wenn man erwägt, daß ein Amtsträger durch die lange Ausübung eines bestimmt umgrenzten öffentlichen Aufgabenkreises notwendig in die festgefügte Ordnung des Beamtentums hineinwachsen muß, während der nur vorübergehend mit öffentlichen Aufgaben betraute Amtsträger ebenso regelmäßig außerhalb dieses festen Gefüges stehen bleibt.

Schließlich sei zu der These Elleringmanns noch folgendes bemerkt:

Der Wunsch, die ehrenamtlichen und selbstverantwortlichen Berater des Bürgermeisters vor jeder Verbeamtung zu bewahren, wäre gerechtfertigt und hätte seinen Sinn, wenn die frühere Krise der deutschen Selbstverwaltung dahin geführt hätte, daß die Gemeinden tatsächlich nur zu den letzten abhängigen Gliedern des staatlichen Verwaltungsapparates umgebildet worden wären. In diesem Fall wären die Gemeinderäte praktisch zu technischen Sachverständigen für bestimmte Fragen geworden, wie sie von den staatlichen Behörden in zahlreichen Fällen in Anspruch genommen werden. Diese Sachverständigen zu Beamten zu machen, wäre allerdings sinnwidrig gewesen.

Der nationalsozialistische Staat hat nun aber die Erhaltung der Selbstverwaltung garantiert und ihren besonderen Gehalt dahin erklärt, daß sie berufen sei, die in der örtlichen Gemeinschaft lebenden Volkskräfte zur Erfüllung öffentlicher Interessen der engeren Heimat in eigener Verantwortung wirken zu lassen. Die Gemeinde als eine in sich geschlossene und homogene Gemeinschaft soll sich selbst verwalten. Zu dieser geschlossenen Gemeinschaft aber gehört auch und in erster Linie der Bürgermeister mit seiner gesamten Verwaltung, gleichgültig ob sie hauptberuflich oder ehrenamtlich erfolgt. Würden aber die Gemeinderäte von der Beamtenschaft der Gemeinde ausgenommen werden, so würde das Gegenteil von der ratio legis und wohl auch das Gegenteil von dem erreicht werden, was Elleringmann selbst erzielen will. Sowohl die hauptberuflichen Beamten wie auch die gegebenenfalls ehrenamtlichen Bürgermeister und Beigeordneten würden leicht als Organ einer fiktiven juristischen Person, die Gemeinderäte dagegen als die Vertreter der konkreten Genossenschaft der Gemeindebürger erscheinen. Es könnte sich somit leicht ein gefährlicher Riß in der Gemeindeverwaltung auftun, der wiederum der Ansicht Nahrung geben könnte, die Gemeinderäte seien Gegenspieler der Beamten, Vertreter von Sonderinteressen o.ä. Im Gegensatz hierzu aber ist es der Sinn der DGO, den Gemeinderat, der mit seinen beruflichen und persönlichen Interessen fest in dem öffentlichen und nichtöffentlichen Leben der Gemeindebürger verwurzelt

ist, ebenso fest auch in die Verwaltung seiner Gemeinde einzufügen.

Wenn der Minister des Innern demnach die Anweisung gegeben hat, den Gemeinderat formell zum Beamten zu ernennen, so zieht er lediglich die logische Folgerung aus den Grundgedanken der Deutschen Gemeindeordnung wie auch aus dem sachlichen Charakter der Tätigkeit der Gemeinderäte (s.oben).

Es ist nun bemerkenswert, daß diese neue Gruppe "freier" Beamter vorwiegend in die kommunale Selbstverwaltung und damit in das mittelbare Beamtentum eingeordnet ist. Es läßt sich aus dieser Vermehrung eigenverantwortlicher Beamter innerhalb der Selbstverwaltung selbstverständlich nicht die Folgerung ziehen, daß bei jedem mittelbaren Beamten im Zweifel die Vermutung für Eigenverantwortlichkeit spricht. Aber das starke Element "freier" Beamter im mittelbaren Beamtentum zeigt doch auch dessen besondere rechtliche Struktur. Wenn der nationalsozialistische Staat das mittelbare Beamtentum in den staatspolitischen Grundzielen wieder straff in den allgemeinen Beamtenkörper eingegliedert hat, so hat er andererseits doch auch das Prinzip und das Ziel der örtlichen und beruflichen Selbstverwaltung viel stärker als bisher durch eine persönlich freie, mittelbare Beamtenschaft unterbaut. Hier liegt denn auch der entscheidende Unterschied zu der unmittelbaren Verwaltungsbeamtenschaft. Diese muß, um die Einheit des staatlichen Willens in seinen Grundzügen überall gleichmäßig zur Geltung bringen zu können, möglichst eng an die Anordnungen der oberen Instanzen gebunden bleiben. Der mittelbare Beamte soll, wie es bereits durch Lorenz vom Stein herausgestellt wurde, den einheitlichen Staatswillen an die örtlichen und beruflichen Besonderheiten anpassen. Da diese aber stets von Fall zu Fall verschieden sind, muß notwendig in der Selbstverwaltung aller Bürokratisierung entgegengewirkt werden (vergl. die 1.Ausf.Anw. zu § 22 DGO) und das mittelbare Beamtentum selbst durch weitgehende Eigenverantwortlichkeit charakterisiert sein.

Schrifttum.

Anschütz "Die Verfassung des Deutschen Reichs" 14. Auflage
Anschütz "Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat" 1912
v.d.Becke "Von Staatsämtern und Staatsdienern" 1797
Blodig "Die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff" 1894
Bluntschli "Allgemeines Staatsrecht" 5. Aufl.
Bornhak "Geschichte des preußischen Verwaltungsrechts" 1884
Brand "Das Deutsche Beamtengesetz" 1937
Brand "Beamtenrecht" 3. Aufl.1928
Brater "Gemeinde" in Bluntschlis "Deutsches Staatsw.Buch" 1859
Bühler "Die Selbstverwaltungskörper" in "Handbuch d.Deutschen Staatsrechts" von Anschütz-Thoma 1930 - 1932
"Corpus Constitutionum Marchiacarum"
Dahlmann "Politik" 1847
Eichhorn "Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte" 1843 - 44
Elleringmann "Sind die Gemeinderäte und Gemeindebeiräte Beamte im Rechtssinne?" (Reich und Länder 1936 Heft 10/11)
Fischbach "Voraussetzungen für die Schaffung von Beamtenstellen" in Beamten-Jahrbuch 1936
Forsthoff "Nationalsozialismus und Selbstverwaltung" in Franks "Deutsches Verwaltungsrecht" 1937
Gareis "Allgemeines Staatsrecht" 1883
Gaupp "Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg" 1884
v.Gerber "Grundzüge des Deutschen Staatsrechts" 1880
O.v.Gierke "Das Deutsche Genossenschaftsrecht" 1868
Giese "Der Beamtencharakter der Direktoren und Oberlehrer" 2.Aufl.
Gluth "Die Lehre von der Selbstverwaltung im Lichte formaler Begriffsbestimmung" 1887
v.Gneist "Der Rechtsstaat" 1879
v.Gneist "Selfgovernment, Kommunalverfassung und Verwaltungsgerichte in England" 1871
v.Gneist "Verwaltung, Justiz, Rechtsweg" 1869
Gönner "Staatsdienst und Staatsdiener" 1808
Gönner "Teutsches Staatsrecht" 1804
Gördeler "Die Staatsaufsicht nach der DGO" in "Reich und Länder" 1935
Grotefend "Deutsches Staatsrecht" 1869
Häberlin "Handbuch des teutschen Staatsrechts" 1797
Hartleben "Justiz- und Polizeifama" 1814
Heffter "Beiträge zum Staats- und Fürstenrecht" 1828
Hegel "Grundlinien der Philosophie des Rechts" Ausg.v.Lasson 2.Aufl.
Höhn "Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson" 1935
Höhndorf "Beamter und öffentlicher Amtsträger" in "Zeitschr.f.d.gesamte Staatswissenschaft" Bd.97
Huber "Verfassung" 1937

G.Jellinek (Jude) "System der subjektiven öffentlichen Rechte" 19o5
W.Jellinek (Jude) "Die Rechtsformen des Staatsdienstes" in "Hdbch.d.Deutschen Staatsrechts" v.Anschütz-Thoma
Kerrl-Weidemann "Kommentar zur DGO" 2. Aufl. 1937
Klüber "Öffentliches Recht des Teutschen Bundes" 184o
Koch "Kommentar zum preuß.A.L.R." 8.Aufl. 1884-86
Königs "Die Körperschaft des öffentlichen Rechts und die Fortentwicklung des Körperschaftsrechts" (Beamten-Jahrb.1936)
Köttgen "Vom Stadtverordneten zum Gemeinderat" in "Reich und Länder" 1936 Heft 12
Köttgen. "Die Krise der kommunalen Selbstverwaltung" 1932
Laband "Staatsrecht" 2.Aufl. (Jude) 1913
Lehmann "Der Ursprung der Städte-Ordnung v.19o8" in "Preußische Jahrbücher" Bd.93
Leist "Lehrbuch des Teutschen Staatsrechts" 18o3
Löning "Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts" 1884
v.Mangolt "Das Aufsichtsrecht des Staates über die Kommunalverbände" (Göttinger Diss.1913)
Maurenbrecher "Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts" 1847
Maunz "Verwaltung" 1937
Maunz "Der Streit um die Körperschaft des ö.Rechts" in Deutsche Verwaltungsblätter 1936
Meier, E.v. "Die Reform der Verwaltungsorganisation unter Stein und Hardenberg" 1912
Meier, Ernst v. "Französische Einflüsse auf die Staats- und Rechtsentwicklung Preußens im 19. Jahrhundert" 19o7
Meyer, Georg "Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts" 1891
Meyer-Anschütz "Lehrbuch d. Deutschen Staatsrechts" 7.Aufl. 1919
Meyer, Otto "Deutsches Verwaltungsrecht" 2.Aufl. 1914/1917
Mittermeier "Gemeinde" in "Rotteck-Welckers Staatslexikon" 1862
v.Mohl "Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften" 1855
Neesse "Partei und Staat" 1936
Perthes: "Der Staatsdienst in Preußen" 1838
Peters "Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung" 1926
Preuß "Städtisches Amtsrecht in Preußen" (Jude) 19o2
Pütter "Institutiones juris publici germanici" 18o2
Rehm "Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht" in "Annalen des Deutschen Reichs" 1884
Rheinbaben "Die preußischen Disziplinargesetze" 2.Aufl. 1911
Rönne "Staatsrecht der preußischen Monarchie" 19o8
Rönne-Simon "Verfassung und Verwaltung des preußischen Staats"
Rosin "Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung" in "Annalen des Deutschen Reichs" 1883
Rosin "Das Recht der öffentlichen Genossenschaft" 1886
Rotteck "Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften" 1834 - 4o

v.Sarwey "Staatsrecht des Königreichs Württemberg"
v.Savigny "Die preußische Städteordnung" in Rankes "historisch-politische Zeitschrift" 1832
Schmitt, Carl "Staat, Bewegung, Volk" 1933
Schmitt, Carl "Verfassungslehre" 1928
Schmitt, Carl "Der Hüter der Verfassung" 1931
Schmoller "Das Städtewesen unter Friedrich Wilhelm I." in Zeitschrift für preuß. Geschichte" Bd.11, 12
Schulze "Preußisches Staatsrecht" 2.Aufl.1888
Schön "Das Recht der Kommunalverbände in Preußen" 1897
Stein, Lorenz v. "Handbuch der Verwaltungslehre" 1888
Stein, Lorenz v. "Die Verwaltungslehre" 1.Aufl. 1866 - 84
Stahl "Staatslehre" (Jude) 1845 - 47
Stölzel "Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung" 1888
Streckfuß "Die beiden preußischen Städteordnungen" 1841
Strube: "Nebenstunden" 1759 - 66
Surén-Loschelder "Die deutsche Gemeindeordnung" 1935
Triepel "Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf" in Festschrift für Karl Binding 1911
Weiß "System des deutschen Staatsrechts" 1843
Welcker "Staatsdienst" in Rotteck-Welckers "Staatslexikon" 1856 - 1866
Zachariä "Deutsches Staats- und Bundesrecht" 3.Aufl. 1865 - 67
Zorn "Staatsrecht des Deutschen Reichs" 1895
Zorn "Beiträge zur staatsrechtlichen Stellung der Direktoren und Oberlehrer an preußischen höheren Lehranstalten kommunalen Patronats" Rechtsgutachten im "Preußischen Verw.Blatt" Bd.31

Lebenslauf.

Am 1. August 1911 wurde ich als Sohn des Pfarrers Alfred Schmidt in Klettwitz, Niederlausitz, geboren. Meine Schulausbildung erhielt ich in dem Gymnasium "Zum grauen Kloster" in Berlin, an dem ich auch zu Ostern 1929 die Reifeprüfung ablegte. Nach der Schulzeit erfuhr ich die Ausbildung zum Gewerbelehrerberuf und studierte dazu auf der Handelshochschule in Berlin sowie an dem Berufspädagogischen Institut zu Berlin. Nach Ablegung der staatlichen Abschlußprüfung ergriff ich zunächst den gewählten Beruf, begann danach aber im Wintersemester 1933 das Studium der Rechtswissenschaften an der Friedrich-Wilhelms-Universität in Berlin. Die erste juristische Staatsprüfung legte ich vor dem Kammergericht am 25. Januar 1937 ab. Danach wurde ich in den Vorbereitungsdienst der Justiz übernommen und begann diesen am 1. März 1937 bei dem Amtsgericht in Zossen. Nach der Ausbildung am Amtsgericht übernahm mich der Herr Regierungspräsident in Frankfurt (Oder) zur Ausbildung für den höheren Dienst in der allgemeinen und inneren Verwaltung in Preußen als Regierungsreferendar. Der nationalsozialistischen Bewegung gehöre ich als Parteigenosse seit dem 1. März 1929 an und bin seit derselben Zeit aktiver SA.-Mann bezw. jetzt Angehöriger der Schutzstaffel.